Tarifkonkurrenz

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Alois Schwanke

Gerichtsreferendar in Breslau

1929

Druck: Buchdruckerei Paul Moser, Breslau-Deutsch Lissa, Marienstraße 2 / Fernruf 158

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen Eltern

Abkürzungen.

AR	= Das Arbeitsrecht
Arb. G.	= Arbeitgeber
Arb. Ger.	= Arbeitsgericht
Arb. N.	= Arbeitnehmer
Arb. Prax.	= Arbeitsrechtliche Praxis
AT	= Amtlicher Teil des Reichsarbeitsblattes
AVE	= Allgemeinverbindlichkeitserklärung
Bad. Prax.	= Badische Rechtspraxis
Berl. M. Bl.	= Mitteilungsblatt des Schlichtungsausschusses Groß-Berlin
Bl. f. Arb. R.	= Blätter für Arbeitsrecht
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
Dem. Kom.	= Demobilmachungskommissar
GG	= Gewerbegericht
GKG	= Gewerbe- und Kaufmannsgericht
gewöhnl. TV	= nicht allgemeinverbindlicher TV
HGZ	= Hanseatische Gerichtszeitung, Arbeitsrecht
Hueck Handb.	= Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts III. Buch „Das Tarifrecht“
Hueck Tarifrecht	= Hueck, Das Recht des Tarifvertrages
Höchstr. R.	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
JW	= Juristische Wochenschrift
K	= Konkurrenz
KG	= Kaufmannsgericht
Karger	= v. Karger und Erdmann, Jahrbuch arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Kaskel	= Kaskel, Arbeitsrecht 3. Auflage 1928
Kaskel H.	= Kaskel, Hauptfragen des Tarifrechts
LAG	= Landesarbeitsgericht
LG	= Landgericht
NAT	= Nichtamtlicher Teil des Reichsarbeitsblattes
NZfAR	= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	= Oberlandesgericht
RABl.	= Reichsarbeitsblatt

RAM	= Reichsarbeitsminister
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RG	= Reichsgericht
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RVO	= Reichsversicherungsordnung
SinzheimerArb.N.	= Sinzheimer, „Der korporative Arbeitsnormenvertrag“
Sitzler TVR	= Sitzler, Tarifvertragsrecht, 2. Bd. der Sammlung „Das neue Arbeitsrecht“
Soz. Prax.	= Soziale Praxis
Schl. A.	= Schlichtungsausschuß
Schl. A. Württ.	= Mitteilungen der Schlichtungsausschüsse in Württemberg
Schl. Wes.	= Das Schlichtungswesen
TV	= Tarifvertrag
TK	= Tarifkonkurrenz
TVO	= Tarifvertragsordnung vom 23. Dezember 1918 in der neuen Fassung vom 1. III. 1918
VO	= Verordnung

Gliederung.

A. Sich nicht widersprechende TV
B. Konkurrierende TV
I. Begriff der Tarifkonkurrenz
II. Schichtung infolge der AVE
1. K allg. verb. TV
2. K eines allg. verb. TV mit einem gewöhnl. TV
3. K gewöhnlicher TV
a) Regelung analog der Gesetzeskonkurrenz
b) „ nach dem Günstigkeitsprinzip
c) „ durch Analogie des § 2 Abs. 2
d) Einfluß des Willens der TV-Parteien
e) Frage eines Rangverhältnisses der TV
III. Schichtung nach den Geltungsbereichen
1. K hinsichtlich des räumlichen Geltungsbereiches
2. „ „ „ zeitlichen „
3. „ „ „ persönlichen „
4. „ „ „ fachlichen „

Literaturverzeichnis.

1. Abel — J. W. 1922 S. 101
2. Anthes, Hans-Georg — in Kaskel „Hauptfragen" S. 166 ff.
3. Arbeitsgerichtliche Entscheidungen, Oegg, Wunderlich, Teichmann. Bd. III. 1. und 2. Lieferung, 1928.
4. Arbeitsrecht — Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. Herausg. v. Potthoff, München.
5. Arbeitsrechts-Praxis — Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und soziale Verwaltung. Herausg. v. d. Verlagsges. d. Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes Berlin
6. Arbeitsrecht und Schlichtung „Das Schlichtungswesen"
7. Alterthum — G. K. G. 1923 Nr. 9. Sp. 48.
8. Badische Rechtspraxis — Herausg. v. Luß, Strauß. Karlsruhe.
9. Baum, Georg — J. W. 1919 Sp. 70. ff.
10. Becker, Erich — Hanseatische Gerichtszeitung 1925 S. 73
11. „ „ — „ „ 1926 S. 134
12. „ „ — Die Tarifnormen-Kollision. Erlangen, Leipzig. 1924.
13. Bescheide des Reichsarbeitsministers.
14. Blätter für Arbeitsrecht. — Ständige Beilage zur Deutschen Arbeitgeberzeitung. Herausg. v. Karger, Berlin
15. Bormann, Artur — in Kaskel, H. S. 59 ff.
16. Dechant, Hans — Arbeitsrecht 1924 Sp. 15 ff.
17. „ „ — Der Kollektivvertrag nach Oesterreichischem und Deutschem Rechte. Wien, Leipzig, München. 1923.
18. Deutsche Juristenzeitung. Herausg. v. O. Liebmann, Berlin.
19. Eberhard A. — Bl. f. Arb. R. 1926 Nr. 6 S. 3.
20. „ „ — J. W. 1920 S. 698 f.
21. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte. Sammlg. Bensheimer.
22. „ „ Reichsgerichts in Zivilsachen
23. „ der Oberlandesgerichte

24. Entscheidungen der Landgerichte
25. „ des Reichsarbeitsgerichts
26. „ der Landesarbeitsgerichte
27. „ der Arbeitsgerichte
28. „ von Demobilmachungskommissaren
29. Erdel. Schlichtungswesen 1926 S. 82 f.
30. „ „ „ 1921 S. 222. ff.
31. „ Das Arbeitsrecht, I. Teil (Gloeckner 1923)
32. Falkenstein, Hans in Kaskel H. S. 154 ff.
33. Flatow, Georg Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung (Abhandlungen zum Arbeitsrecht v. Kaskel, Sitzler 1. Heft.) Bensheimer 1921.
34. Freisler, Roland Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923 Sp. 477 ff.
35. Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschrift des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte.
36. Groh Deutsches Arbeitsrecht 1924
37. Grote, Otto in Kaskel H. S. 158 ff.
38. Günther, Adolf Arbeiterschutz und Arbeiterrecht. Berlin und Leipzig 1920
39. Hanseatische Gerichtszeitung, Arbeitsrecht, Hamburg
40. Höchstrichterliche Rechtsprechung. Herausg. v. Friedrichs, Feisenberger, Mugdan, Berlin
41. Hueck Arbeitsrecht 1926 Sp. 859 ff.
42. „ Deutsche Juristenzeitung 1920 Sp. 874 ff.
43. „ Handbuch des Arbeitsrechts III. Buch: Das Tarifrecht, Stuttgart 1922
44. „ Hanseatische Gerichtszeitung, Arbeitsrecht 1925 S. 111 f.
45. „ Hanseatische Gerichtszeitung Arbeitsrecht 1925 S. 132 Anm.
46. „ Juristische Wochenschrift 1927 S. 2366 f. Anm.
47. „ Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1929 Sp. 385 ff.
48. „ Das Recht des Tarifvertrages Berlin 1920
49. Jadesohn Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands Berlin 1923 und Bd. II. 1924
50. Jakobi, Erwin Grundlehren des Arbeitsrechts Leipzig 1927
51. Joerges, Rudolf Schlichtungswesen 1926 S. 83 f.
52. Juristische Wochenschrift, Herausg. v. Dtsch. Anwaltverein, Leipzig

53. Karger-Erdmann	Jahrbuch arbeitsrechtlicher Entscheidungen
54. Kaskel, Walter	Arbeitsrecht 3. Aufl. 1928
55. „ „	Hauptfragen des Tarifrechts, Berlin 1927
56. „ „	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1922 Sp. 397 ff.
57. Katz, Hanna	Lücken im Arbeitsvertrage Mannheim, Berlin, Leipzig 1922 (Abhandlungen zum Arbeitsrecht, Kaskel, Sitzler 2. Heft)
58. Koch, Fritz, E,	Juristische Wochenschrift 1921 S. 353 f. Anm.
59. Krönig	Hanseatische Gerichtszeitung, Arbeitsrecht 1924 S. 140
60. Meissinger	Juristische Wochenschrift 1922 S. 324 Anm.
61. „	Juristische Wochenschrift 1927 S. 2367
62. „	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1921 Sp. 129 ff.
63. „	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923 Sp. 33 ff.
64. Melsbach	Deutsches Arbeitsrecht Berlin, Leipzig 1923
65. Mitteilungsblatt des Schlichtungsausschusses Groß-Berlin	
66. Mitteilungsblatt der Schlichtungsausschüsse in Württemberg	
67. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Herausg. von Dersch, Kaskel, Sitzler, Syrup	
68. Nipperdey, Hans, Carl	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1926 Sp. 193 und Sp. 273 (II. Teil)
69. „ „ „	Beiträge z. Tarifrecht Bensheimer 1924
70. „ „ „	Juristische Wochenschrift 1927 S. 2367
71. Oertmann, Paul	Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923
72. Proebsting, Arnold	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1926 Sp. 79 ff.
73. Rechtsprechung	Beilage zur Deutschen Richterzeitung Herausg. v. Dtsch. Richterbund
74. Reichsarbeitsblatt	Amtsblatt d. Reichsarbeitsministeriums und d. Reichsarbeitsverwaltung
75. Schiedssprüche der Schlichtungsausschüsse	
76. Das Schlichtungswesen	Herausg. v. d. Vereinigung der dtsch. Schlichtungsausschüsse
77. Schmalz	Schlichtungswesen 1926 S. 58 f.
78. Schuldt, Hermann	Die Betriebsvereinbarung usw. Berlin 1925
79. v. Schulz, Max	Tarifverträge usw. 4. Aufl. 1920

80. Simson, Gerhard in Kaskel, Hauptfragen S. 15 ff.
81. Sinzheimer, Hugo Ein Arbeitstarifgesetz, München, Leipzig 1916
82. „ „ Grundzüge des Arbeitsrechts 2. Aufl. 1927
83. „ „ Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Leipzig 1907 (I), 1908 (II)
84. Sitzler Gewerbe- und Kaufmannsgericht, 25. Jahrg. Nr. 4 Sp. 63 ff.
85. „ Kommentar zur Verordnung vom 23. Dezember 1918 „Tarifvertragsrecht" 2. Band der Sammlung „Das neue Arbeitsrecht" von Feig und Sitzler, Berlin 1921
86. „ Die Verordnung über Tarifverträge. Kommt. von Giesberts, Sitzler 5. Aufl. 1920
87. Soziale Praxis und Archiv für Volkswohlfahrt. Herausg. von Francke und Heyde, Berlin
88. Zimmermann Soziale Praxis 1920 Nr. 18 Sp. 405

Bevor zu einer Erörterung der konkurrierenden TV geschritten wird, sollen erst die K.-Fälle Erwähnung finden, bei denen mehrere TV mit sich nicht widersprechendem Inhalt vorliegen. Es sind dies die sogenannten Zusatztarife. Hier liegen die Dinge derart, dass der eine TV nur unvollkommene Bestimmungen über das Arbeitsverhältnis gibt und die Ausfüllung seiner Lücken einem anderen TV überlässt. Ein solches Ergänzungsverhältnis ist gegeben bei den Mantel- und Lohntarifen. Hier bestimmt der Lohntarif ergänzend das, was der Manteltarif offen gelassen hat. Dasselbe gilt, wenn ein Haupt-, Mantel- oder Rahmentarif für einen grösseren Bezirk abgeschlossen ist, der dann durch Untertarifverträge bezgl. kleinerer Bezirke ergänzt wird. Streitfragen können bei diesem sich ergänzenden Nebeneinander zweier TV grundsätzlich nicht vorkommen. Unmöglich sind sie jedoch nicht, wenn man erwägt, dass einmal der Lohntarif nicht die Grenzen wahrt, die ihm im Manteltarif gesteckt sind und zweitens, wenn Lohn- und Manteltarif keine Einheit bilden. Letzterer Fall ist bereits praktisch geworden in einem Urteil des Gewerbegerichts Berlin 1) vom 10. Dez. 1924, laut dessen Tatbestand berufsfremde Arbeiter eines Betriebes die Anwendung ihres Fachlohntarifes als Ergänzung des Betriebsmanteltarifs forderten, zu welchem vorübergehend der Betriebslohntarif in der Schwebe war. Zugegeben, dass der Betriebsmantel- und derFachlohntarif Zusatztarife sind, so dürfen sie doch eine einander ergänzende Anwendung nicht finden, eben weil sie zueinander nicht gehören, mithin keine Einheit bilden. Aus diesem Grunde hat das Gericht auch abgewiesen.

1) GKG 1925. 277

Der andere Fall eines möglichen Widerspruches zwischen Mantel- und Lohntarif ist der, dass der Lohntarif die ihm gesteckten Grenzen nicht einhält. Hier hat der Lohntarif als der sekundäre dem Manteltarif zu weichen, da dieser der primäre ist und der Lohntarif nur den Willen in sich trägt, den Manteltarif lediglich in bestimmten einzelnen Punkten zu ergänzen. 2).

Konkurrierende Tarifverträge.

Vorerst den Begriff der TK, den die Literatur und Judikatur unbestritten dahin festlegt:

> „Tarifkonkurrenz ist gleichzeitiges Ineinandergreifen der persönlichen, beruflichen, zeitlichen und räumlichen Geltungsbereiche mehrerer TV, unter die ein Arbeitsverhältnis fällt. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Geltungsbereiche sich decken, es genügt vielmehr, dass die TV zum Teil den gleichen Geltungsbereich haben, dass sie sich schneiden". 3).

Aus dieser ebenso klaren wie unbestrittenen Begriffsfestlegung möge sofort die Folgerung gezogen werden, dass aus dem Thema „Tarifkonkurrenz" alle die Fälle ausscheiden, bei denen die gleichzeitige zum mindesten teilweise Kongruenz sämtlicher genannten Geltungsbereiche fehlt. Einer dieser Fälle ist die Pluralität. Als Beispiel führt Sinzheimer 4) an, dass mit demselben Arbeitgeberverband sowohl ein freigewerkschaftlicher wie ein christlicher TV abgeschlossen ist. Für die Lösung dieses nicht als TV zu bezeichnenden Falles gibt das Gesetz keine Stütze; man wird also nach Interessenabwägung und unter Berücksichtigung der Ortsüblichkeit zu einer Entscheidung kommen müssen. 5). Zur Vermeidung der Pluralität ist das beste Mittel die AVE der TV wie ferner gemeinsame

---

2) Kaskel 42; Freisler NZfAR 1923 Sp. 478 f.
3) z. B. Grote bei Kaskel H. 159; Becker 21.
4) Sinzheimer Arb. N. II. 17.
5) Becker 21; v. Schulz 20

Interessenwahrnehmung der verschiedenen Arb.-N- und Arb.-G.-Organisationen. 6).

Strittig ist jedoch die Frage, ob zwei TV nur in ihren normativen Bestimmungen konkurrieren können und nicht ihrem Gesamtinhalt nach, also auch bezüglich ihres rein obligatorischen Inhaltes. Becker 7) und Grote 8) glauben, folgendermassen argumentieren zu müssen: Da sich eine TK nur auswirken kann auf bestehende Arbeitsverträge und in diese Arbeitsverträge nur der normative Inhalt der TV übergeht, so könnten die TV nur in ihrem normativen Teil konkurrieren. Ich halte diese Folgerung durchaus nicht für zwingend. Freilich ist der Abschluss eines Arbeitsvertrages erforderlich, um eine TK überhaupt erst hervorzurufen. Doch, konkurrieren einmal zwei TV miteinander, so ist für die Konkurrenz der Umstand bedeutungslos, dass in die Arbeitsverträge nur der normative Inhalt der TV übergeht. Denn, wenn erst infolge eines Arbeitsvertragsabschlusses zwei TV in Widerstreit miteinander geraten sind, dann konkurrieren eben zwei TV, so wie sie existieren, — also in ihrem Gesamtinhalt — miteinander und nicht etwa nur das von den TV, was zwingend in die einzelnen Arbeitsverträge übergegangen ist. Wenn auch praktisch eine TK nur bezüglich einer Lohnforderung entstehen wird, so wäre es immerhin doch denkbar, dass die Tarifvertragsparteien sich hinsichtlich z. B. der Bestimmungen betr. das Zahlenverhältnis von gelernten und ungelernten Arbeitnehmern, Lehrlingen etc. entzweien könnten, was im obligatorischen Teil des TV geregelt ist. Unverkennbar ist der Anspruch auf Verwirklichung des normativen Inhalts des TV ein wesentlich festerer, da dieser Teil des TV ja zum Substrat des Arbeitsvertrages geworden ist, und da der obligatorische Teil lediglich rein schuldrechtliche Verpflichtungen zwischen den TV-Parteien 9) begründet. Das ändert aber nichts an der nun einmal durch jede K geschaf-

---

6) Becker 21.
7) Becker 20.
8) Grote bei Kaskel H. 159.
9) RG v. 27. 11. 25 JW 1927 S. 242

fenen Tatsache, dass Uneinigkeit auch darüber geschaffen worden ist, auf Grund welches der konkurrierenden TV die rein obligatorischen Ansprüche — allerdings nur schuldrechtlich und von den Tarifvertragsparteien — zu verfolgen sind. Also auch bezüglich des nicht normativen Inhalts wird man sich notwendigerweise entscheiden müssen, welcher TV Geltung hat. Auf diesem Standpunkt steht auch Anthes 10), dem ich jedoch in einem weiteren Punkt seiner Ausführungen nicht zu folgen vermag. Anthes sagt, dass Kollision auch des obligatorischen Inhalts möglich sei, jedoch scheiden diese Kollisionen aus dem Thema „Tarifkonkurrenz" aus, da ihre Lösung auf Grund des Rechts der Schuldverhältnisse gefunden werden müsse. Anthes verkennt hierbei, dass es sich bei der Kollision des obligatorischen Inhalts um zweierlei handelt, primär um die Entscheidung, welcher TV überhaupt für das in Frage stehende Arbeitsverhältnis Geltung hat und erst sekundär nach dieser Entscheidung kommt die rein schuldrechtliche Verfolgung der obligatorischen Ansprüche auf Grund des vorher als anwendbar festgestellten TV. Was nun die Abgrenzung des normativen Teils von den rein obligatorischen Bestimmungen anbetrifft, so soll dies des näheren hier unerörtert bleiben und ich begnüge mich mit einem Hinweis auf die Darstellungen bei Becker, Kaskel, im Bescheid des RAM, bei Hueck und vor allem Bormann. 11).

Als erster Fall der Konkurrenz soll das Zusammentreffen mehrerer allg. verb. TV behandelt werden. Hier liegen die Lösungsmöglichkeiten insofern klar, als das Gesetz in § 2 TVO 12) folgendes vorgeschrieben hat: „Fällt ein Arbeitsvertrag unter mehrere allg. verb. TV, so ist im

---

10) Anthes bei Kaskel H. 166.

11) Becker 20; Kaskel NZfAR II. 399 Anm. 6. und 400; Besch. d. RAM. NZfAR II. 689; Hueck DJZ 1920. 874; Bormann bei Kaskel H. 59.

12) TVO v. 23. 12. 1918 neu paragraphiert in der neuen Fassung der TVO. v. 1. III. 1928 (RGBl. Teil I. 1928, S. 47.) An Aenderungen, die das Thema betreffen, ist nur anstelle von „Reichsarbeitsamt" „Reichsarbeitsminister" getreten.

Streitfall, vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung des RAM, derjenige von ihnen massgebend, der für die grösste Zahl von Arbeitsverträgen in dem Betrieb oder der Betriebsabteilung Bestimmungen enthält." Welche Bedeutung hat nun diese Vorschrift? Abgesehen von der Möglichkeit einer abweichenden Bestimmung des RAM hat hier im Gesetz eine Orientierung nach dem rein betrieblichen Gesichtspunkt stattgefunden, die besonders in Anbetracht der gemischtgewerblichen Industriebetriebe die speziellen Einzelinteressen der verschiedenen Berufe in den Hintergrund drängt. Man müsste dieser Regelung eigentlich den Vorwurf machen, dass sie auf Kosten berufsfremder Minderheiten in gemischten Betrieben allzusehr die Ermöglichung einer einheitlichen Betriebsleitung, speziell einer stetigen und gesicherten Preiskalkulation bezweckt. Doch hat sich der Gesetzgeber wohl gehütet, den scharfen und durch die stetige Verbreiterung umfassender einheitlicher Industriegrossbetriebe immer akuter werdenden Gegensatz zwischen Betrieb und Beruf mit exklusivischer Tendenz so zu entscheiden, dass entweder nur das betriebliche oder ausschliesslich das berufliche Interesse den Ausschlag zu geben hat. Zwar lässt der § 2 Abs. 2 dem Tarifvertrag den Vortritt, der für die grösste Zahl von Arbeitsverträgen im Betrieb Bestimmungen enthält, doch hat man vielfach m. E. 13) dieser Bestimmung allzugrosse Bedeutung beigemessen und einschränkungslos gefolgert, dass § 2 Abs. 2 mit seiner Bevorzugung des Betriebes als Ausnahmevorschrift aus dem Grundgedanken der TVO herausfalle, welche unverkennbar eine arbeitnehmerfreundliche, mithin berufliche Tendenz trägt. Man unterschätzt dabei erheblich die in § 2 Abs. 2 ausdrücklich festgelegte Befugnis des RAM, der wiederholt, sowohl in seinen Bescheiden, wie auch bei der AVE den Fachtarifen eine Präponderanz vor den Betriebstarifen verschafft hat. Und zudem übersieht man, dass gerade in Anwendung des § 2 Abs. 2 bei Festlegung von Betriebstarifen dadurch Rücksicht auf die be-

13) Grote bei Kaskel H. 160; Freisler NZfAR 1925 S. 477

rufsfremden Arbeitnehmer geübt wird, dass am Vertragsschluss die einzelnen Berufsklassen des Betriebes entweder selbst aktiv sind, oder zum mindesten ihren Kollegen entsprechende Mandate erteilen. Hierdurch wird erreicht, dass in den Betriebstarifen besondere Lohnklassen möglichst für sämtliche im Betriebe tätigen Berufe aufgestellt werden, die sich anlehnen an die Lohnklassen der besonderen Fachtarife. Mithin hat die praktische Auswirkung des § 2 Abs. 2 TVO mit seiner Klausel keinesfalls eine betriebliche Tendenz in vollem Umfange bewiesen, sondern sogar fast das Gegenteil gezeigt. Da aber der Wortlaut zweifellos eine Bevorzugung des Betriebes ausspricht und andererseits für die „abweichenden Bestimmungen des RAM" keine positiven Richtlinien vorschreibt, kann man nicht völlig umhin, den § 2 Abs. 2. TVO im Rahmen der in seinen übrigen Paragraphen beruflich eingestellten TVO als Ausnahmevorschrift zu bezeichnen, wenngleich mit erheblicher Abschwächung durch die Praxis.

Bei Anwendung dieses § 2 Abs. 2. ist jedoch noch eine Streitfrage zu erörtern. § 1 TVO stellt das sogen. Günstigkeitsprinzip auf, nach welchem vom Tarifvertrag „abweichende Bestimmungen jedoch wirksam sind, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger sind..." Dieser Satz hat zu einem lebhaften Streit in den verschiedensten Beziehungen Anlass gegeben, was aber erst später bei der Konkurrenz von gewöhnl. TV eingehend besprochen werden soll. An dieser Stelle interessiert vorläufig nur, ob der Grundsatz des § 2 Abs. 2. TVO durch dieses Günstigkeitsprinzip durchbrochen wird. Der Text des § 2 Abs. 2., der klar und deutlich genug ist, gibt eigentlich zu dieser Erwägung keinerlei Anlass. Trotzdem hat Hueck, m. E. zu unrecht, folgendermassen argumentiert: „Zu beachten ist, dass diese Bestimmung (des § 2 Abs. 2) nur im Streitfall gilt. Ein solcher liegt nicht vor, wenn einer der TV selbst sein Zurücktreten anordnet, oder aber unzweifelhaft ungünstiger ist; dann geht ohne weiteres der andere vor. Auch hier entscheidet in erster Linie der Wille der TV-Parteien und

das Günstigkeitsprinzip" 14). Ich halte jedoch diese Interpretation des Ausdruckes „im Streitfalle" für gekünstelt und garnicht vom Gesetzgeber gewollt. M. E. verdankt diese Wendung „im Streitfalle" lediglich dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens ihre Existenz, während der gesamte Inhalt des § 2 Abs. 2. doch offenbar nur den Zweck haben kann, Schwierigkeiten, die durch die Konkurrenz von allg. verb. TV entstehen, endgültig zu beheben und nicht etwa, wie Hueck interpretiert, als Lückenbüsser des Parteiwillens und des § 1 TVO zu gelten. Ich stütze mich auf die Darstellungen von Kaskel, 15) der bei Besprechung des § 2 Abs. 2 den Ausdruck „im Streitfall" einfach übergangen hat, mithin in ihm auch nur eine Redewendung des täglichen Lebens erblickte. Sehr wesentlich ist auch, dass gleichfalls das Landesarbeitsgericht München in einem Urteil vom 17. 3. 28 gegen Hueck aus demselben Grunde Stellung genommen hat, 16) während Becker 17) und Grote 18) mit Recht die Wendung: „So ist ... derjenige ... massgebend" im Sinne von „ausschliesslich massgebend" auslegen und hierdurch zum Ausschluss der Günstigkeitsklausel gelangen.

Konkurrenz von allg. verb. TV mit gewöhnl. TV.

Als weiterer Konkurrenzfall kommt in Frage das Zusammentreffen eines allg. verb. TV mit einem gewöhnl. TV. Hier gehen die Meinungen stark auseinander. Und wenn man sie näher betrachtet, kommt es eigentlich nur darauf hinaus, welche Theorie bezüglich des Wesens der AVE gilt, die Vertragstheorie oder die Gesetzestheorie, ganz abgesehen von einer vermittelnden Meinung. Nach der Vertragstheorie beruht die Wirkung der Tarifbestimmungen auch n a c h der AVE in erster Linie auf Vertrag und die AVE erweitert nur den Geltungsbereich des TV auf die Aussenseiter. Nach der Gesetzestheorie haben die Tarifbestimmungen durch die

14) Hueck NZfAR 1926 Sp. 598
15) Kaskel 46. Ziff. 4.
16) Arbeitsger. Entsch. Bd. III. S. 144.
17) Becker 30
18) Grote bei Kaskel H. 160

AVE eine von der vertraglichen Regelung unabhängige gesetzliche Kraft erhalten, während ferner die vermittelnde Meinung besagt, dass sich der Charakter der behördlichen Anordnung nur auf die Aussenseiter beziehe, während die vertragschliessenden Parteien in der AVE lediglich das von ihnen abgeschlossene Vertragsrecht erblicken. Bezüglich der Konkurrenzfrage treten hauptsächlich nur die Anhänger der Vertrags- und Gesetzestheorie miteinander in Controverse. Zuerst möge der Vertragstheorie Beachtung geschenkt werden. Hier hat vor allem Becker mit vielfacher Begründung eine ipso iure Präponderanz des allg. verb. TV energisch bekämpft. Er bestreitet eine Neuentstehung objektiven Rechts durch die AVE, da ja der noch nicht für allg. verb. erklärte TV bereits objektives Recht darstelle. Im Gegenteil hat er in Anlehnung an das österreichische Recht der vertraglichen Regelung als der primären das Uebergewicht zugesprochen und gesagt, dass die AVE nur als ein Notbehelf diene, um den Geltungsbereich zu erweitern. Ferner weiche der TV als unmittelbares Gesetz nur staatlichem Zwangsrecht, nicht schon dispositivem Recht. Ein Zwangscharakter der AVE liesse sich aber aus dem Gesetz nicht herleiten. Daraus ferner, dass der Gesetzgeber wohl die Regelung des § 2 Abs. 2. getroffen habe, aber es unterliess, das Verhältnis zwischen allg. verb. und gewöhnl. TV zu erfassen, müsse gefolgert werden, dass dem Gesetzgeber der Gedanke an eine Präponderanz des allg. verb. TV ferngelegen hat. 19) Vollen Anklang hat Becker mit seinen Gründen bei Nipperdey 20) gefunden, während noch vereinzelte Meinungen mit mehr oder weniger Deutlichkeit und eigener Stellungnahme die Vertragstheorie, mit ihr den Wegfall einer Präponderanz des allg. verb. TV billigen. 21). Gleichfalls Meissinger kommt zu diesem Ergebnis mit folgender Argumentierung: Bevor ein TV für allg. verb. erklärt werden kann, muss er bereits überwiegende Be-

19) Becker 44 ff.

20) Nipperdey NZfAR 1926 Sp. 284

21) Groh 42; LG Zwickau Schl. Wes. 1926 S. 67. Besch. d. RAM Schl. Württ. 2. 9.

deutung erlangt haben, und somit müssen die Geltungsbereiche des gewöhnlichen und des nachher allg. verb. TV einigermassen sich decken, sodass nicht staatlicher Akt, sondern der von den Tarifparteien vertretene tatsächliche Geltungsbereich des TV somit die wesentliche Unterlage für eine Zwangstarifangehörigkeit gibt. 22). Im übrigen sagt er, wie auch Becker, dass kein neues Recht entstehen könne, da ja das alte des gewöhnlichen TV weiterbestehe und glaubt in Fortführung dieses Gedankens die Gesetzestheorie dadurch völlig ad absurdum geführt zu haben, dass er ein Urteil 23) anführt, das den sogen. „gesetzlichen TV" als eine nach § 2 TVO entstandene zweite Rechtsquelle neben dem eigentlichen TV bezeichnet. Zwei weitere Gründe für die Vertragstheorie werden angeführt von Eberhard. 24). Die AVE stelle sich von der Gesetzestheorie aus betrachtet dar als ein Gesetzgebungsfaktor, der in Widerspruch mit der Verfassung stehe. Man müsse vielmehr in der AVE eine zwangsläufige Bindung einer Minorität, wie es der Fall ist beim konkursrechtlichen Zwangsvergleich, annehmen und somit den Vertragscharakter auch dem allg. verb. TV zuerkennen. Ferner sei rechtlich eine Utopie, dass das durch AVE entstandene „objektive zwingende Recht" auf Grund des § 1 TVO beliebig von den Parteien ausser Kraft gesetzt werden könne.— Hiermit ist im wesentlichen das Rüstzeug der Vertragstheoretiker erschöpft. Ihnen steht in unverhältnismässiger Ueberzahl die Gesetzestheorie als die herrschende entgegen, der man sich in vollem Umfang anschliessen muss. Und gäbe man selbst der Vertragstheorie Recht, so kann diese schon aus sich selbst heraus widerlegt werden. Nehmen wir an, ein TV würde von ihm abweichende Bestimmungen für unzulässig erklären, so wäre hierdurch ein für allemal jedem diesbezüglichen allg. verb. TV von vornherein jede Rechtswirksamkeit genommen. Denn nach § 1 TVO kann jeder TV anderweitige Regelungen, selbst wenn sie für die Arb. N. günstiger sind, wirk-

22) Meissinger NZfAR 1921 Sp. 150 f.
23) KG Berlin Tempelhof in GKG 26. Sp. 97 ff.
24) Eberhard JW 1920 S. 699.

sam verbieten. Wenn Becker vor der Konsequenz dieser Möglichkeit sich auch dadurch zu schützen sucht, dass nach seiner Meinung sich die Arb. N. auf den Abschluss derartig ungünstiger TV nicht einzulassen brauchten, so versagt sein Argument völlig bei schlechter Konjunktur und grosser Erwerbslosigkeit, wo Arb. N. nur allzu leicht geneigt sein können, selbst zu untertariflichen Bedingungen tätig zu werden. Dies erhellt um so mehr, als ja zum Abschluss eines TV auf Arbeitnehmer-Seite nicht riesengrosse Organisationen erforderlich sind, sondern bereits jede beliebige Vereinigung von Arb. N. zum Tarifvertragsabschluss legitimiert ist. Durch eine derartige, der AVE gegenüber belassene Bewegungsfreiheit der Parteien entstünde ausserdem noch eine grosse Verkehrsunsicherheit, da man sich im Tarifregister nie mehr mit Sicherheit darüber orientieren könnte, ob in Wirklichkeit der allg. verb. TV gilt oder längst durch Parteivereinbarung illusorisch gemacht ist. 25). Nur ganz kurz möge die Bedeutung der sogenannten vermittelnden Theorie hinsichtlich einer Konkurrenz dadurch entkräftet werden, dass sie im Falle einer Aufhebung des TV zu einem unhaltbaren Ergebnis führt. Der TV würde in diesem Falle für die Nicht-Aussenseiter, die doch die Mehrheit der Tarifunterworfenen darstellen, beendet sein, während er für die Minderheit der Aussenseiter bestehen bleibt.

Es bleibt mithin nur noch die herrschende Gesetzestheorie übrig, nach der man diesen Kollisionsfall zu entscheiden hat. Die Berechtigung dieser Theorie ergibt sich schon aus einer kurzen Auseinandersetzung über Wesen und Zweck der AVE. Dem Wesen nach ist die AVE ein von staatlicher Behörde gesetztes Zwangsrecht. Allerdings schafft auch der gewöhnl. TV objektives Recht. Dieses aber verhält sich zu dem durch die AVE geschaffenen ius cogens ungefähr wie Landesrecht zum Reichsrecht. Hiernach ist der allg. verb. TV als ein Staatshoheitsakt die stärkere Rechtsnorm im Vergleich zu dem Recht des gewöhnl. TV, dessen Schöpfer nur durch delegatorische Ermächtigung die

25) so auch Hueck HGZ 1925 S. 112 und Handb. III. 80.

Befugnis zur objektiven Rechtsetzung erhalten haben. 26). Ein weiterer Beweis für die Präponderanz des allg. verb. TV ergibt sich aus dem Zweck der AVE. Durch diese soll Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen geschaffen werden, und indem sie alle Arbeitsverhältnisse erfasst, die nach der Art der Arbeit unter den allg. verb.TV fallen, soll eine Umgehung der in diesem aufgestellten Arbeitsbedingungen in ihrer Eigenschaft als Mindestbedingungen vermieden werden. Klare und gesicherte Verhältnisse sind sodann geschaffen, und keineswegs etwa ist durch die AVE die Bewegungsfreiheit der Tarifparteien gehemmt, denn der RAM ist verpflichtet, im Falle einer TV-Aufhebung, welche sich vollständig auf alle Vertragsparteien erstreckt, ebenfalls dann auch die AVE ausser Kraft zu setzen, was sich auch durch die Praxis des RAM bereits hinreichend erwiesen hat und auch im Tarifvertragsgesetz-Entwurf wieder vorgesehen ist. Hiermit hat also auch der Zweckbeweis eine Entscheidung zugunsten der Gesetzestheorie und mithin einer ipso iure Präponderanz des allg. verb. TV erbracht 27).

Nunmehr fragt es sich jedoch noch, ob diese Präponderanz durchbrochen wird durch das Günstigkeitsprinzip des § 1 TVO, nach welchem „abweichende Vereinbarungen jedoch wirksam sind, soweit sie ... eine Aenderung zugunsten der Arb. N. enthalten." Das ist aus den verschiedensten Erwägungen heraus zu bejahen. Erstens steht unbestritten die TVO ihrem Gesamtcharakter nach nur ein für eine Wahrung von Mindestbedingungen zugunsten des Arb. N., so dass es nur verboten ist, den Arb. N. in gewisser Hinsicht schlechter als im massgeblichen TV zu

---

26) Uebereinstimmend Falkenstein bei Kaskel H. 154 f. Grote bei Kaskel H. 172 — Anthes macht aber bezügl. der fachl. K. eine Ausnahme, indem er sich für Analogie des § 2 Abs. 2 entscheidet. Hierüber später bei Prüfung der Zulässigkeit einer Analogie überhaupt. Hueck NZfAR 1926 S. 396 ff. Dechant, Arbeitsrecht 1924. S. 16. RGZ 103. S. 25.

27) Freisler NZfAR 1925 S. 477; Hueck Handb. III. 81. u. 85 u. NZfAR 1926 S. 396 ff. LG III. Berlin 11. 10. 21. JW 1922. S. 324.

stellen, dass aber andererseits jede für den Arb. N. rechtlich erreichbare Besserstellung durch abweichende Vereinbarungen ihm stets zugute kommen soll. Zweitens ergibt sich die Durchbrechung der Präponderanz durch das Günstigkeitsprinzip des § 1 indirekt aus dem Text der TVO. § 1 mit seinem Günstigkeitsprinzip ist das vom Gesetzgeber primär geschaffene Schutzrecht, das im Falle der K. allg. verb. TV ausdrücklich durch die Regelung des § 2 Abs. 2 ausgeschlossen werden musste. Sollte nun dem Günstigkeitsprinzip auch für die K. von allg. verb. mit gewöhnl. TV die Anwendung versagt bleiben, so hätte es der Gesetzgeber gleichfalls besonders ausschliessen müssen, was nicht geschehen ist. Aus diesem Grunde sind m. E. die Ausführungen Grotes 28) nicht zutreffend, sondern man wird sich auch hier ohne Bedenken der so gut wie unbestrittenen und herrschenden Meinung anschliessen können. 29). Es bleibt jedoch noch die Frage akut, wonach die Günstigkeit zu beurteilen ist. Ob nämlich die einzelnen günstigeren Vereinbarungen aus ihrem Zusammenhange herausgenommen werden sollen oder ob nur der in seiner Gesamtheit günstigere TV als ganzer vorgeht; diese Fragen erfahren später bei der K. gewöhnl. TV eingehende Erörterung.

Konkurrenz von gewöhnlichen Tarifverträgen. 30).

Bevor an eine Lösung der K. von gewöhnl. TV geschritten werden kann, sollen vorweg einige grundlegende Fragen erörtert werden.

---

28) Grote bei Kaskel 165.

29) Hueck Handb. III. 85, LG Zwickau v. 30. 12. 25. Schl. Wes. 1926. S. 67. Hueck NZfAR 1926 S. 397. RG. v. 30. 9. 21 JW 1922 S. 101 und Abel daselbst Anm. zu 14. Freisler NZfAR 1923 S. 477 Sitzler D. neue Arb. R. 33. RG. (RGZ 103 S. 23.) LAG Krefeld v. 26. 10. 27 Höchstr. R. 1928 Nr. 28.

30) Diesen sind gleichzusetzen für verbindlich erklärte Schiedssprüche und von den Parteien angenommene Schiedssprüche des Schlichtungsausschusses (Grote bei Kaskel H. und Becker 19.)

1. Kann man die Grundsätze der Gesetzeskonkurrenz zur Lösung der TK heranziehen?
2. Wie ist § 1 Abs. 2 TVO mit seinem Günstigkeitsprinzip überhaupt zu handhaben?
3. Lässt sich § 2 Abs. 2 analog auch hinsichtlich gewöhnlicher TV anwenden?
4. Wie wird dem Willen der Vertragsparteien Rechnung getragen?
5. Lässt sich innerhalb der einzelnen TV ein bestimmtes Rangverhältnis feststellen?

Zur ersten Frage: Darf man die Regeln der Gesetzeskonkurrenz analog auf die TK anwenden? Anthes 31) hält es grundsätzlich für möglich, ja sogar geboten, da die rechtliche Natur und das Wesen der Gesetzeskonkurrenz und der TK keine wesentlichen Unterschiede zeigen. Allerdings sei bei dieser Analogie auf die Besonderheiten des Tarifrechts Rücksicht zu nehmen. Auch Grote 32) ist Anhänger dieser Analogie. Sehr scharf wird sie vertreten von Becker, der die Analogie damit begründet, dass gleich den Staatsgesetzen durch die TV als „Berufsgesetze" ebenfalls staatliches materielles Recht geschaffen wird, und der es sogar dahinstellt, die vertragschliessenden Verbände als „Behörden" anzusehen. 33). Auch Dechant vertritt eine Analogie allerdings nur, um zu dem so wie so anzunehmenden Satz: „Lex posterior derogat priori" zu kommen. 34). Hueck sagt warnend, dass bei einer analogen Heranziehung der Regeln über die Gesetzeskonkurrenz aus dem Grunde die grösste Vorsicht geboten sei, weil trotz der gesetzesähnlichen Wirkung die durch Parteiwillen geschaffenen Normen erhebliche Unterschiede von den staatlich gesetzten Rechtsnormen aufweisen. 35). Dies ist auch meine Meinung, zu deren Bestärkung ich nur noch auf die Ausführungen

---

31) Anthes bei Kaskel H. 168
32) Grote bei Kaskel H. 163
33) Becker 35 und 7.
34) Dechant Arbeitsrecht 1924 S. 15.
35) Hueck NZfAR 1926 S. 387

Simsons 36) hinweisen möchte. Jedenfalls wäre eine ausführliche Debatte für die Förderung des Themas nur hinderlich, da wir auch ohne Analogie schon auf Grund der TVO zu den notwendigen Resultaten gelangen.

Das Günstigkeitsprinzip ist ausgesprochen im § 1 S. 2 TVO: „— Vom TV — abweichende Vereinbarungen sind jedoch wirksam, soweit sie ... eine Aenderung zugunsten des Arb. N. enthalten ...". Die Frage nun, ob eine Bestimmung günstiger ist oder nicht, wird, wenn es sich nicht gerade um Lohnhöhe handelt, meist nicht ganz zweifelsfrei beantwortet werden können. Ich bringe nur als Beispiel die Einführung von Akkordarbeit, die schnellen Arbeitern günstiger, anderen dagegen als weniger günstig erscheinen wird. Und so gibt es viele andere Beispiele, bezüglich deren ich auf die ausführlichen Darstellungen bei Hueck 37) verweisen möchte. Jedenfalls ist die Günstigkeit einer Einzelbestimmung meist nur relativ, d. h. im Zusammenhang mit dem Gesamtinhalt des TV zu beurteilen, denn Vergünstigungen sind in der Mehrzahl der Fälle durch minder günstige andere Bestimmungen desselben TV erkauft, und somit kompensieren sich grundsätzlich in jedem TV Vorteile und Nachteile, und es wäre daher verfehlt, eine Einzelbestimmung herausgerissen aus der Einheit des Gesamtvertrages für sich allein auf ihre Günstigkeit zu prüfen. Ich möchte folgendes als Beispiel bringen: TV I. sieht 0,95 M. Lohn und 4 Tage Urlaub vor, während TV II. nur 0,90 M. Lohn, dagegen 6 Tage Urlaub gewährt. Diese Beurteilung der Günstigkeit nach dem Gesamtinhalt ist auch die einzig vorhandene und unbestrittene Meinung in Literatur und Judikatur 38). Und

---

36) Simson bei Kaskel H. 22.

37) Hueck Handbuch III. 61. ff.

38) Kaskel 39; Anthes bei Kaskel H. 167. Besch. d. RAM vom 10. Juli 1920, RABl. 1921 AT 94; LAG München v. 17. 3. 28 Arbeitsger. Entsch. III. 144. Schlichtungsstelle für den Hafenbetrieb Hamburg 3. 12. 23. HGZ 1924 S. 100. Becker 40; RG 27. 11. 25. NZfAR 1926 373; Proebsting NZfAR 1926 S. 79 (speziell für den Fall der Kündigung) Dechanf Koll. Vertr 177.

wenn einzelne die Ansicht Huecks als gegenteilig bezeichnen wollen, so missverstehen sie den Standpunkt dieses Verfassers. Wenn Hueck auch eingangs feststellt, dass nicht zu prüfen ist, ob der Gesamtinhalt der Verträge für den Arbeitnehmer günstiger ist, sondern diese Prüfung bezüglich jeder Einzelbestimmung selbständig vorzunehmen ist, so sagt er aber weiter, dass man dabei nicht Bestimmungen auseinander reissen darf, die nach dem Parteiwillen in untrennbarem Zusammenhange stehen. 39). Im praktischen Resultat weicht mithin die Ansicht Huecks fast garnicht von der oben dargelegten herrschenden Meinung ab. Dasselbe gilt auch von Sitzler, der sich ohne nähere Ausführungen der Meinung Huecks anschliesst. 40). Es fragt sich nunmehr, wer massgebend ist für eine derartige Beurteilung der Günstigkeit, der einzelne Arb. N. oder die gesamte in Frage kommende Arbeitnehmerschaft. Hueck hat hierfür in prägnanter Form eine Handhabung des § 1 S. 2 aufgestellt, der man sich unbedenklich anschliessen kann. 1. Das Interesse der gesamten Arbeitnehmerschaft muss dem Interesse des einzelnen Arb. N. vorgehen. 2. Fehlt ein sicherer objektiver Massstab dafür, ob eine Aenderung der Arbeitsbedingungen eine Besserstellung der Arb. N. bedeutet, so ist die Auffassung der betreffenden Gesamtarbeitnehmerschaft massgebend. 3. Bleibt es dann immer noch zweifelhaft, ob eine Aenderung der Arbeitsbedingungen zugunsten der Arb. N. erfolgt, so ist diese unzulässig. 41). Dies ist auch im wesentlichen die herrschende Meinung, die sich zumeist nur kurz und nicht so vollständig wie Hueck dazu äussert 42). Nipperdey dagegen

---

39) Hueck Handb. III. 64 u. 84 NZfAR 1926 S. 394.

40) Sitzler Tar. V. R. 21.

41) Hueck Handb. III. 61. ff.

42) Sinzheimer Grundz. 263. Kaskel 38. RG. 27, 11. 25, NZfAR 1926. S. 372. GG. Hamburg Arb. R. 1924. S. 444. Krönig HGZ. Arb. R. 1924. S. 140. GG. Oberlahnstein v. 9. 9. 24. Schl. Wes. 1924. 177. Anthes bei Kaskel H. 167. Dechant Arb. R. 1924. S. 19. Baum JW. 48. S. 70. Schmalz, Schl. Wes. 1926 S. 59. (der besonders die Sicherung der Lebensgrundlage für massgebend erachtet) Flatow Betriebsver. 69. RG. in JW 1927 S. 242. v. 27. 11. 25.

behauptet, man müsse nur das Einzelinteresse des Arb. N. zur Frage der Günstigkeit heranziehen. 43). Die Vorschrift des § 1 S. 2 habe nur reinen Individualcharakter und sei vom Gesetzgeber in bewusstem Gegensatz zur Kollektivregelung geschaffen worden. Diese Ansicht findet jedoch im Gesetz keine positive Bestätigung, im Gegenteil, es ist nicht einzusehen, warum ein TV, der seinem Charakter nach in jeder Hinsicht doch eine Kollektivvereinbarung ist, nun einmal in § 1 S. 2 indivudualiter durchbrochen werden soll. Jedenfalls hätte der Gesetzgeber eine derartige Abweichung vom Grundgedanken des Tarifrechts unbedingt kenntlich machen müssen. Hueck kommt Sinzheimer in gewisser Beziehung, nicht etwa grundsätzlich, entgegen, indem er ausnahmsweise auch dem Einzelinteresse Rechnung trägt und sagt: 44) Es kann aber sein, dass für einen einzelnen Arbeiter aus besonderen anderen Gründen, etwa mit Rücksicht auf eine Nebenbeschäftigung, auf seine schwache Gesundheit u. s. f. die Verkürzung der Arbeitszeit von Nutzen wäre. Da nun die Herabsetzung der Arbeitszeit für diesen einzelnen Arbeiter das Interesse der anderen Arb. N. nicht berührt, so ist eine solche Abweichung von den Tarifbestimmungen zulässig. Es muss also stets in eine genaue Prüfung der gesamten Verhältnisse eingetreten werden, es muss erwogen werden, ob die Aenderung der Arbeitsbedingungen nicht das Interesse der Gesamtheit verletzt und im Interesse gerade des betreffenden Arb. N. liegt. Nur wenn beides zusammenkommt, ist die Aenderung zulässig". Diese Meinung, der sich auch Sitzler 45) anschliesst, ist in ihrer Begründung, da sie das Gesamtinteresse der Arbeitnehmerschaft als solcher keineswegs in Frage stellt, vollauf zu billigen und hat auch keine wesentlichen Gegner gefunden. Bei einer weiteren Erörterung der Abdingungsmöglichkeiten der TV durch günstigere Vereinbarungen müssen auch die Möglichkeiten Berücksichtigung finden, dass in Krisenzeiten Arb. N. lieber zu untertariflichem Lohn

43) Nipperdey Beitr. 9.
44) Hueck, D. R. d. TV, 121
45) Sitzler TV. R. 22.

arbeiten wollen, als infolge einer sonst unvermeidlichen Stillegung des Betriebes auf die noch geringere Erwerbslosenunterstützung angewiesen zu sein. Diesen Fällen haben bereits einzelne Gerichte in weitherziger Weise Rechnung getragen, indem sie darlegten, der Untertariflohn sei für die Arb. N. im gegebenen Falle günstiger als die noch minimalere Erwerbslosenunterstützung und unter der Devise „lieber weniger Lohn, als gar kein Lohn" haben sie auch in einer untertariflichen Bezahlung eine wirksame Abdingung des TV zugunsten der Arb. N. erblickt. 46). Auf die Seite dieser Gerichte hat sich m. E. als einziger in der Literatur Eberhard 47) gestellt, der seine Ansicht damit entschuldigt, dass eine derartige Abdingung nur nach sehr genauer Prüfung und in den äussersten Notfällen stattfinden darf. M. E. liegt in der eben zitierten Stellungnahme Eberhards und dem Standpunkt der genannten Gerichte ein grober Verstoss gegen Grundgesetze des Tarifwesens. Erstens werden durch eine derartige Auslegung die Gesamtinteressen der Arbeitnehmerschaft, wenn auch nur indirekt, benachteiligt. Denn wenn nämlich erlaubt wird, dass Arb. N. unter Tarif arbeiten dürfen, so gefährdet sich dadurch die Stellung der zu Tariflohn arbeitenden Arb. N., da diese jederzeit befürchten müssen, durch billiger arbeitende Kräfte ersetzt zu werden, und dann wären auch s i e recht bald vor die Entscheidung gestellt, entweder Untertarif oder Entlassung, und so würde das fortgehen, bis schliesslich der Untertariflohn garnicht mehr als Ausnahme empfunden wird. 48). Gleichfalls unhaltbar sind obige Meinungen vom Standpunkt der Unabdingbarkeit aus betrachtet, was auch durchweg als herrschende Meinung anzusehen ist. 49). Denn durch eine derartige Auslegung

---

46) GG. Oberlahnstein 9. 9. 24. NZfAR 1925. S. 246. LG. Bautzen 19. 2. 25. NZfAR 1925 S. 553. GG. Koblenz 26. 5. 24 und Düren 17. 7. 24 beide angef. bei Sächs. OVG. v. 18. 12. 25.

47) Eberhard Bl. f. Arb. R. 1926 Nr. 6. S. 3.

48) so auch Hueck Arb. R. 1926 S. 865.

49) Kaskel 39. Nipperdey NZfAR 1926 S. 211. f. Hueck R. d. TV. S. 120. Sinzheimer Grundz. 263. Sächs. OVG. 18. 12. 25 NZfAR 1927 S. 185 RG. 27. 11. 25. JW. 1927 S. 241. Jakobi 233.

des § 1 S. 2. würde die Unabdingbarkeit mit ihrer arbeitnehmerfreundlichen Tendenz völlig illusorisch gemacht oder zum Gegenteil gekehrt werden. § 1 S. 2. vermag nichts daran zu ändern, dass die Tarifbestimmungen als zugunsten der Arb. N. aufgestellte Mindestbedingungen, selbst in Krisenzeiten, nicht unterboten werden dürfen. Und wenn man diesem Tarifgrundgedanken den Vorwurf macht, dass er in Zeiten drohender Arbeitslosigkeit zu Härten führen müsse, so verkennt man erheblich die in solchen Zeiten anderweitig stets zur Verfügung stehenden Mittel zur Abhilfe. Denn es liegt immer in der Macht der Parteien, ihre Tarifbestimmungen, wenn sie sich in Krisenzeiten als ungeeignet erweisen, durch neuen TV-Abschluss aufzuheben oder zu ändern, aber wohlgemerkt, in der Macht der Tarifparteien nicht etwa der Arbeitsvertragsparteien. Zweckdienlich kann man eine solche Aufhebung bezw. Aenderung des TV dadurch ersparen, dass man bald beim Abschluss eines TV entsprechende Vorbehalte in diese TV aufnehmen lässt, die besonders den Krisenzeiten Rechnung tragen.

Zusammenfassend für die Anwendung des § 1 S. 2. soll hiermit festgestellt sein, dass massgebend für die Günstigkeit der Gesamtinhalt eines TV ist und zwar vom Standpunkt der in Frage kommenden Gesamtarbeitnehmerschaft und in dem oben erwähnten Ausnahmefalle auch des einzelnen Arb. N., und dass man hierbei nie untertarifliche Abdingungen vergleichen darf mit Arbeitslosigkeit sondern nur mit tarifmässigem Zustand.

Bei weiterer Erörterung dieses Günstigkeitsprinzips erwächst jedoch noch die Frage, was unter „abweichender Vereinbarung“ zu verstehen ist. Nipperdey und Flatow haben sich dahin entschieden, dass als „abweichende Vereinbarung“ nur eine einzelne Individualabrede nicht etwa auch eine Kollektivvereinbarung, z. B. ein TV, gelten darf. Flatow 50) führt einen Beweis aus der Entstehungsgeschichte der TVO, der jedoch, um mit seinen Worten zu

50) Flatow Betriebsvereinbarung . . . 55 ff.

sprechen: „.... für die Auslegung des § 1 S. 2. TVO wohl beachtlich, wenn auch nicht entscheidend ist." Die weitere Beweisführung bezieht sich speziell nur auf das Verhältnis des TV zur Betriebsvereinbarung. Nipperdey 51) begründet seinen Standpunkt mit dem Individualcharakter des § 1 S.2. gegen den bereits oben Stellung genommen worden ist. Und somit kommt man zum herrschenden Standpunkt in Literatur und Judikatur, der m. E. aus § 1 S. 2. die richtige Konsequenz gezogen hat, indem es heisst: Wenn in einem einzelnen Arbeitsvertrage günstigere Abmachungen getroffen werden können, so kann es zu keinem rechtlichen Novum führen, wenn statt des einzelnen Arb. N. ganze Gruppen von Arb. N. günstigere Bedingungen vereinbaren, mithin, wenn ein günstigerer TV in Konkurrenz zu einem ungünstigeren TV tritt. 52). Hier ergibt sich nun weiterhin die Streitfrage, wie man diesem günstigeren TV Rechnung trägt, ob er als ganzer Vertrag vorzugehen habe, oder ob nur einzelne günstigere Bestimmungen aus ihm herausgenommen werden können. Lässt man hierbei die nicht unerhebliche Wirkung der Unabdingbarkeit ferner der Einheitlichkeit des Gesamtinhalts eines TV ausser acht, so könnte man mit Erdel 53) zu der Auffassung gelangen, dass sich gemäss der Natur der TV-Bestimmungen als Mindestbedingungen der Arb. N. aus den ihm zur Verfügung stehenden TV jeweils die für ihn günstigeren Bestimmungen zusammensuchen könnte, und ob das Ergebnis dieser beliebigen Zusammenstellung dann auch noch „Tarifvertrag" oder „Arbeitsvertrag" heisst, darüber sagt Erdel nichts. Man darf, um zu einem richtigen Ergebnis zu kommen, erstens nicht übersehen, dass jeder TV in der Regel durch Kompensation und gegenseitiges Abwägen seiner Einzelbestim-

---

51) Nipperdey Beitr. 9 ff.

52) Grote bei Kaskel H. 163; Erdel und Joerges Schl. Wes. 1926 S. 82. f.; Dechant Arb. R. 1924. S. 16. Hueck NZfAR 1926 S. 393; RAM RABl. 1920 AT 94; Sitzler TVR 33. GG Hamburg 17. 12. 19. GKG 25. S. 100.; RGZ 30. 9. 21. Bd. 103; 25 u. JW. 1922 101. Abel. JW. 1922. 101. Erdel Arb. R. I. 39. Becker 36.

53) Erdel Schl. Wes. 1921. S. 224.

mungen zu einer Vertragseinheit mit festem inneren Zusammenhang geworden ist und dazu bedürfte es eigentlich gar keines Gesetzes, um ein Auseinanderpflücken und beliebiges Zusammenstellen von Vorschriften mit ebenfalls aus dem Zusammenhang herausgerissenen Einzelbestimmungen anderer TV zu verbieten. Wenn man auch mit Hueck 54) diesen Beweis aus der Einheitlichkeit nur in gewisser Einschränkung führen darf, indem er sagt, es lasse sich deshalb eine Einheitlichkeit nicht ohne weiteres bejahen, da die TV-Parteien bei Abfassung ihrer Tarifbestimmungen als Mindestbedingungen mit einer teilweisen Abdingung zugunsten der Arb. N. gerechnet haben, so hat vor allem aber noch bezügl. der Alternativanwendung nur eines TV der Grundsatz der Unabdingbarkeit ein ganz erhebliches Wort mitzureden. Diese Unabdingbarkeit erfordert ausschliessliche Anwendung e i n e s TV, da der Inhalt des einzelnen Arbeitsvertrages nur einmal bestimmt sein kann und eindeutig bestimmt sein muss. Dieser Standpunkt ist auch der gebräuchliche. 55). Besonders möchte ich erwähnen die ebenfalls hiermit übereinstimmende Meinung von Hueck, 56) der erweiternd hierzu noch einen Ausnahmefall bedenkt, indem er zutreffend sagt: „Die Anwendung von Bestimmungen zweier TV nebeneinander ist nicht gänzlich ausgeschlossen. Sind etwa in einem Ortstarif ganz allgemein die Arbeitsbedingungen für die gewerblichen Arbeiter geregelt und trifft ein zweiter TV, sei es mit demselben, sei es mit weiterem räumlichen Geltungsbereich, für eine bestimmte Kategorie von Arb. N. mit besonders schwerer Arbeit abweichende Bestimmungen in bestimmten einzelnen Punkten, sieht er vielleicht für sie den doppelten Urlaub vor, so können für diese Arb. N. diese günstigeren Sonderbestimmungen und daneben die sonstigen Bestimmungen des allgemeinen TV zur Anwendung kommen.

54) Hueck NZfAR 1926 S. 395.
55) Kaskel 41 — Grote bei Kaskel 163 — Anthes bei Kaskel 167 Jakobi 241 — GG Opladen 14. 11. 22 NZfAR 1924 300 Hueck NZfAR 1926. 394, Handb. III. 84
56) Hueck NZfAR 1926 S. 394.

Aber man wird in dieser Hinsicht sehr vorsichtig sein müssen. Im allgemeinen bildet jeder Tarifvertrag eine Einheit ...", was im folgenden im Einklang mit dem oben geführten Beweise näher ausgeführt ist. Becker 57) kommt wohl auch zu diesem Ergebnis und zwar auf dem Wege einer Folgerung aus seinem von § 2 Abs. 2 abgeleiteten „Verdrängungsprinzip"; seine Darstellungen über das Günstigkeitsprinzip erscheinen jedoch nicht ganz klar, und Begriffe wie „Tarifpolitik" und „Gesetzesauslegung", „de lege lata" und „de lege ferenda" nicht mit der nötigen Schärfe auseinandergehalten, was wohl in seinem leider erfolglosen Bemühen, das nun einmal durch § 1 S. 2 geschaffene Günstigkeitsprinzip am liebsten ungeschehen zu machen, seinen Grund hat. Und mit der Feststellung einer rein alternativen Anwendungsmöglichkeit eines günstigeren TV möge die Besprechung des § 1 S. 2 abgeschlossen werden.

Als zweite grundlegende Vorfrage möchte ich die verschiedentlich aufgestellte Forderung einer Analogie des § 2 Abs. 2 TVO auf gewöhnliche TV besprechen. Dies ist um so mehr vonnöten, als sich § 1 S. 2 mit seinem Günstigkeitsprinzip bei verschiedenen Autoren sehr unbeliebt gemacht hat, und weil deshalb ein scharfer Feldzug mit allen möglichen Waffen gegen diesen § 1 S. 2 in Szene gesetzt worden ist. Wegen der Verschiedenartigkeit der Argumente, die m. E. zu unrecht gegen § 1 S. 2 ins Feld geführt werden, muss ich leider ausführlich gegen jede Einzelmeinung meiner Gegner besonders Stellung nehmen. Becker, 58) dessen Darstellungen bezüglich dieser Frage sich nicht besonderer Klarheit erfreuen, sagt: „Es liegt kein Grund vor, diese Bestimmungen — § 2 Abs. 2 — durch Analogieschluss nicht auch auf Kollisionen nicht allgem. verb. TV untereinander und mit allgemeinverbindlichen auszudehnen". Neun Zeilen weiter sagt er: „Da § 2 Abs. 2 TVO aber nur den Fall der Kollision von allgem. verb. TV regeln will, und auch in diesem Fall unerwünschte Kon-

57) Becker 34. ff.
58) Becker 30, 31.

sequenzen nicht vermeidet, bietet er im übrigen keine brauchbare Handhabe zur Lösung von Kollisionen". Aber auch das Günstigkeitsprinzip führt, wie besonders auf Seite 40 hervorgeht, zu untragbaren Zuständen. Ich fasse also seine Darstellungen zusammen: „1. Es gibt keinen Grund gegen eine Analogie des § 2 Abs. 2. 2. § 2 Abs. 2 bietet für eine analoge Anwendung auf gewöhnliche TV keine Handhabe. 3. § 1 Abs. 2 führt zu unannehmbaren Ergebnissen". Wie soll nun de lege lata geholfen werden? ? De lege ferenda ist seinen Ausführungen nur zuzustimmen. Grote 59) sagt, dass § 2 Abs. 2. als Ausnahmevorschrift nicht ohne weiteres analog anzuwenden sei. Ein paar Zeilen weiter: Man müsse den § 2 Abs. 2 insofern analog anwenden, als „ausschliesslich" e i n Vertrag Geltung behalten soll. Und auf Grund dieser Analogie glaubt Grote sich einfach zur Streichung des § 1 S. 2. berechtigt, als ob § 1 S. 2 nicht aus seinem Sinn heraus unter Erwägung der Einheitlichkeit der TV und des Grundsatzes der Unabdingbarkeit eine ausschliessliche alternative Anwendung der konkurrierenden TV indirekt vorschreibt. Anthes 60) sagt: Der Gesetzgeber hat damals an eine Konkurrenz gewöhnlicher TV noch nicht gedacht. — Doch, frage ich, warum spezialisiert er dann seinen Text gerade auf die allg. verb. TV? Hätte er aber in § 2 Abs. 2 nur die Konkurrenz von „TV" schlechthin regeln wollen, so wäre er arg in Konflikt geraten mit seinem bereits in § 1 S. 2 aufgestellten Günstigkeitsprinzip. Ein Motiv nun bei § 2 Abs. 2 dem Gesetzgeber derart zu unterbreiten, dass in § 2 Abs. 2 eine Regelung typischer Natur — denn nur als solche ist sie einer analogen Ausdehnung fähig — und eine Handhabe somit für alle Konkurrenzfälle geschaffen werden sollte, widerspricht der Logik, denn dann hätte er in zwei aufeinanderfolgenden Paragraphen Gesetze geschaffen, die sich wie Feuer und Wasser bekämpfen müssen. Gerade die gegenteilige Folgerung ergibt sich m. E. zwingend: Der

---

59) Grote bei Kaskel H. 160 ff.
60) Anthes bei Kaskel H. 169 ff.

Gesetzgeber hatte in § 1 S. 2 das Günstigkeitsprinzip geschaffen, das nun, da er es nicht auf eine bestimmte Art der TV beschränkte, grundsätzlich auf alle Konkurrenzfälle, auch die von allgem. verb. TV anzuwenden wäre. Da ihm aber mit Rücksicht auf die Allgemeinverbindlichkeit eine prinzipiell andere Lösung notwendig erschien, musste er durch § 2 Abs. 2 eine in diesem Spezialfall anzuwendende und § 1 S. 2 damit ausschaltende Sonderregelung schaffen. Somit legte er für diesen Fall den betrieblichen Gesichtspunkt zu Grunde und sicherte sich vor dadurch in beruflicher Hinsicht entstehenden Nachteilen durch die in § 2 Abs. 2 ausdrücklich eingeräumte und nicht zu unterschätzende Sonderbefugnis des RAM. Nach Anthes gehört ausser dieser mangelnden Voraussehung des Gesetzgebers noch eine entsprechende ratio legis des § 2 Abs. 2 hinzu, die eine Analogie zulässt. Da er diesen Schritt nun mit Hilfe der Vertragstheorie bezgl. der AVE tut, so habe ich diesen Standpunkt bereits in meinen früheren Darstellungen widerlegt. Anthes geht sogar so weit, der Tarifverordnung einen ebenso betrieblichen wie beruflichen Charakter zu unterbreiten; doch soll dies später bei der fachlichen Konkurrenz, soweit es das Thema fördert, widerlegt werden. Wenn Anthes als weiteres Argument für eine Analogie des § 2 Abs. 2 den Vorzug der Klarheit und wirtschaftlichen Betriebsführung heranzieht, so sind diese Vorzüge bereits allerorts bekannt, doch hat noch niemand bisher hieraus den gewagten Schluss gezogen, den § 1 S. 2 deshalb einfach zu streichen. Kaskel lässt zwar eine analoge Anwendung des § 2 Abs. 2 zu, aber nur mit so erheblicher Einschränkung, dass von einer Analogie in diesem Sinne gar keine Rede sein kann. Nach ihm soll § 2 Abs. 2 nur als Notbehelf angewendet werden, wenn sich in fachlicher Hinsicht keine überwiegende Tätigkeit des Arb. N. feststellen lässt. 61). Und nun gebührt der überwiegenden Meinung das Wort, 62) die § 2 Abs. 2.

61) Kaskel 43.

62) Freisler NZfAR 1923. S. 477. Jakobi 241; Hueck NZfAR 1926. S. 389.

als eine Ausnahmevorschrift hinstellt, welche als nicht typisch eine analoge Anwendung verbietet. Und man sagt mit vollem Recht, dass, wenn der Gesetzgeber das Prinzip des § 2 Abs. 2 als eine typische, sämtliche Konkurrenzfälle umfassende Norm hätte schaffen wollen, dann durchaus nicht einzusehen wäre, warum er sie lediglich auf die Konkurrenz allg. verb. TV ausdrücklich beschränkt hat. Somit ist also eine Analogie des § 2 Abs. 2 auf nicht allg. verb. TV abzulehnen.

Die erste und nicht zu übersehende Handhabe bei Lösung der Konkurrenzfälle ist ein dahin gehender deutlich erkennbarer Wille der TV-Parteien. Wenn also ein TV von selbst etwas über sein Zurücktreten oder seinen Vorrang bestimmt, so hat man sich an diese Willensäusserung ausschliesslich zu halten. Nur mangels eines deutlich erkennbaren Willens wird man dann nach den in Frage kommenden gesetzlichen Regeln zur Lösung der Konkurrenz suchen müssen. 63). Wenn in Erwägung dessen Kaskel 64) und Hueck 65) sagen, dass ein TV wohl bestimmen könne, hinter einem anderen TV zurücktreten zu wollen, nicht aber, dass er seine Präponderanz einem anderen TV gegenüber festlegen könne, so entspricht das wohl dem Charakter der Tarifbestimmungen als Mindestbedingungen, steht aber mit dem ausdrücklichen Gesetzestext in Widerspruch. § 1 S. 2 sagt: „Abweichende Vereinbarungen sind jedoch wirksam, soweit sie ... im TV nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind". Da nun einmal erwiesen ist, dass „abweichende Vereinbarungen" auch in Form abweichender Kollektivvereinbarungen, mithin in TV, geschaffen werden können, so vermag also gemäss dem zitierten Text ein Tarifvertrag diese abweichenden Vereinbarungen = TV, auszuschliessen, mithin also seine Präponderanz vor anderen TV zu bestimmen.

---

63) Kaskel 42. Anm. 1.; Hueck NZfAR 1926. S. 393.
64) Kaskel 42. Anm. 1.
65) Hueck NZfAR 1926. S. 393.

Doch vor der Einzellösung der verschiedenen Konkurrenzfälle noch eins: Gibt es de lege lata ein bestimmtes Rangverhältnis zwischen den verschiedenen nicht allg. verb. TV? Das ist mit Bestimmtheit zu verneinen, nachdem eine Analogie des § 2 Abs. 2 ausdrücklich ausgeschlossen ist und somit jeder Konkurrenzfall nur an den beiden Prüfsteinen 1. einem erkennbaren Willen und 2. nach § 1 S. 2 zu einer Lösung kommen muss. 66). Jedoch nehmen hier Becker, Günther und Freisler eine bestreitende Stellung ein, indem sie mit recht verschiedenartiger Begründung doch eine Art Ueber- und Unterordnungsverhältnis in einzelnen Konkurrenzfällen behaupten. Ihre Ansicht soll, soweit es zur Förderung des Themas erforderlich, erst dort widerlegt werden, wo sie im speziellen Falle akut wird. Und somit zur praktischen Einzellösung!!

Tarifkonkurrenz gewöhnlicher TV hinsichtlich des räumlichen Geltungsbereiches.

Ueber das Verhältnis der betrieblichen und beruflichen zur örtlichen Regelung soll später an gegebener Stelle gesprochen werden. Hier mag nur die Rede sein von der Konkurrenz eines räumlich weiteren mit einem räumlich engeren TV. Becker 67) Grote 68) und Freisler 69) sagen, dass der räumlich weitere TV dem räumlich engeren TV ipso iure vorgeht. Freisler, welcher seinen Standpunkt begründet, ist besonders zu widerlegen. Er führt zum Beweis die Zentralisierungstheorie im Tarifwesen an. Dieser Grundsatz gehört allenfalls in die Tarifpolitik, aber ist de lege lata nirgends zu entnehmen. Zweitens sagt Freisler: Das Vorgehen des räumlich weiteren TV ergebe sich aus analoger Anwendung aller Grundsätze, die für die Unabdingbarkeit eines TV gegenüber einzelvertraglicher Abmachung sprechen. Freisler unternimmt hier eine Analogie, indem

66) Hueck NZfAR 1926 S. 390
67) Becker 43.
68) Grote bei Kaskel H. 164.
69) Freisler NZfAR 1923 S. 479

er Gesetze, die das Wesen der TV erfassen, einfach überträgt auf das rein räumliche Verhältnis mehrerer TV. Doch mit welchem Recht, das lässt sich nicht sagen, gibt auch Freisler nicht an. Freisler begründet ferner eine Präponderanz des räumlich weiteren TV aus dem im Wege der Rechtsanalogie anzuwendenden Grundsatz, dass Reichsrecht das Landesrecht breche. Auch hier muss ich eine Analogie wegen der Verschiedenartigkeit der beiden Rechtssphären — staatliches Recht und Satzungsautonomie — ablehnen. Anthes 70) erfasst m. E. die Sachlage richtig, indem er sagt, der räumlich weitere gehe dem räumlich engeren vor, wenn er exklusivisch sein will, sonst entscheidet die Günstigkeit. Also Anthes stellt es zutreffend in erster Linie auf einen erkennbaren Willen der TV-Parteien ab und wenn ein solcher nicht ersichtlich ist, soll der günstigere TV massgebend sein. Dieses gleicht auch der Ansicht von Kaskel 71) und Hueck 72) und ist auch einem Bescheid des RAM 73) zu entnehmen. 74)

Auch für eine Konkurrenz in zeitlicher Hinsicht ist der Wille entscheidend. Besonders ist hier hervorzuheben, dass es sich nur handelt um rein zeitliche K, dass also die Fälle ausscheiden, bei denen zwei TV sowohl zeitlich als auch in irgend einem anderen Geltungsbereiche konkurrieren. In diesem Falle ist das zeitliche Moment unbeachtlich, sondern es interessiert dann nur das betreffende andere Geltungsgebiet. Insofern ist bezüglich der zeitlichen K zweier TV der Wille der TV-Parteien entscheidend, als man, aber nur beim gleichen räumlichen, persönlichen und fachlichen Geltungsbereich, getreu dem Grundsatz: lex posterior derogat priori annehmen darf, dass die TV-Parteien den alten TV durch den neuen beendigen wollten. Und

---

70) Anthes bei Kaskel H. 168.
71) Kaskel 42.
72) Hueck 392 f.
73) RAM 10. 7. 20. RABl. I, Nr. 3 S. 94 auch NZfAR 1921 S. 87
74) Kaskel und Hueck allerdings mit der Einschränkung, dass ein TV nur sein Zurücktreten, nicht auch seine Präponderanz bestimmen könne; doch darüber oben.

es spielt hierbei keine Rolle, ob günstigere Vorschriften des alten etwa durch ungünstigere des neuen TV ersetzt werden. Eins muss man nur erwägen, ob nämlich in dem neuen TV Fragen, die der alte TV geregelt hatte, garnicht beachtet worden sind. Insoweit würden diese Bestimmungen des alten TV dann, wenn die Natur des Vertragsinhalts nicht dagegen spricht, nachwirken. Diese Ansicht bestätigt sich auch in der Literatur. 75). Nur detailliert Anthes gemäss seiner bereits besprochenen analogen Anwendung der Gesetzeskonkurrenz die Lösungsfrage hinsichtlich der zeitlichen Konkurrenz dahin, dass er verlangt 1. Identität des Gesetzgebers, 2. die stärkere derogatorische Kraft, was er aus dem Verhältnis von Reichs- zu Reichs- und Landes-Recht folgert.

Konkurrenz in persönlicher Hinsicht.

Eine derartige K wird geschaffen durch mehrfache Verbandsmitgliedschaft oder Verbandsübertritt. Gleich a priori möge aber betont sein, dass eine solche persönliche K nur dann in Frage kommt, wenn die anderen Geltungsgebiete, insbesondere das berufliche dieselben bleiben. So wird nicht unter persönliche K fallen der Uebertritt eines Maschinisten aus seinem ursprünglichen Berufsverband in den Metallarbeiterverband, hingegen ist persönliche K zu bejahen, wenn ein Kupferschmied in den Metallarbeiterverband übertritt. Nun sagt § 1 Abs. 2 TVO: „Beteiligte im Sinne des Abs. 1 sind Arb. G. und Arb. N., die ... Mitglieder der vertragschliessenden Vereinigungen sind oder bei Abschluss des Arbeitsvertrages gewesen sind". Hieraus ist zu folgern, dass bei Austritt aus einem Verbande und Weiterbestehen des Arbeitsvertrages die Bestimmungen des alten Verbands-TV noch weiter gelten. Ferner ist aber noch festzustellen, dass durch Austritt aus dem alten Verband und Eintritt in einen neuen während desselben Arbeitsverhältnisses der be-

75) Kaskel 56. Becker 44. Sinzheimer Grundz. 261. Dechant Arb. R. 1924 S. 17 Anthes und Grote bei Kaskel H. 168 und 164.

treffende Arb. N. nun zu den nachwirkenden Normen des alten Verbands-TV noch die Normen der neuerworbenen Verbandsmitgliedschaft hinzuerwirbt, so dass zwei TV gleichzeitig sein Arbeitsverhältnis bestimmen können. 76). Was aber durch Uebertritt aus einem Verband in einen anderen erreicht wird, gilt gleichfalls für die gleichzeitige Mitgliedschaft in mehreren Verbänden. Da aber, wie bereits dargelegt, der TV nur einmal bestimmt sein kann und eindeutig bestimmt sein muss, so hat der für den Arb. N. günstigere TV laut § 1 S. 2 vorzugehen. 77).

Konkurrenz in fachlicher Hinsicht.

Hiermit wird eingetreten in den eigentlichen Kern der Darstellung, in die Behandlung eines Gebietes, auf welchem sich hauptsächlich Tarifkonkurrenzen in praxi abspielen und das nach den bereits gewonnenen Erkenntnissen in Verbindung mit einer möglichst eingehenden Abgrenzung des „Berufs"-Begriffes sich als weit harmloser herausstellen wird als sein Ruf ist. Man könnte den jetzt folgenden Darstellungen eigentlich die Ueberschrift „Das Recht der berufsfremden Arbeiter" geben, um speziell das zu erfassen, um was es sich handelt. „Berufsfremd" oder „Arbeiter der Nebenberufe" insofern, als die in Frage stehenden Arb. N. mit Nebenarbeiten innerhalb des einem bestimmten von ihrem Beruf verschiedenen Hauptberufszweck dienenden Fabrikunternehmens beschäftigt sind, 78) z. B. ein Fabrikmaurer. Dieser könnte beispielsweise die Lohnforderung auf seinen Berufs-Maurer-Tarif stützen wollen, während ihm sein Arb.G., der Fabrikherr, nur die meist niedrigeren Lohnsätze des Betriebstarifs auszuzahlen bereit ist. Ueber derartige Streitfragen sind bereits Urteile in sehr grosser Zahl ergangen und auch die Literatur hat hier vielfach zu helfen

76) LG Zwikau 30. 12. 25. Schl. Wes. 1926 S. 64 ff. Becker 33 Nipperdey Beitr. 15. GG Hamburg 17. 12. 19. GKG 25 Nr. 19 Erdel Schl. Wes. 1921 S. 224.

77) Kaskel 43.

78) Meissinger Anm. zu JW 1922 S. 324.

versucht, aber m. E. ist es oft, ja meistens unterlassen worden, das Kind mit dem richtigen Namen zu nennen und mit Prägnanz herauszuarbeiten, dass nur in den seltensten Fällen überhaupt eine Konkurrenz vorliegt. So versucht man einmal, die Benachteiligung der beruflichen Verbände durch betriebliche TV zu vermeiden, indem man einräumen will, dass Facharbeiter im gemischtgewerblichen Industriebetrieb sich an ihre Fachtarife halten können und andererseits ist man wieder bemüht, ein Hinübergreifen des Fachtarifes in gemischtgewerbliche Industrietarife aus der aufrechtzuerhaltenden Betriebseinheitlichkeit und steter gesicherter Fabrikkalkulation zu verbieten. Zugegeben, dass es auch Fälle gibt, in denen Fachtarife neben Betriebstarifen zu einer wirklichen K mit diesen führen können 79), so wird doch die verschwindende Seltenheit solcher Möglichkeiten durch die jetzt folgende Abgrenzung des beruflichen Geltungsbereiches dargelegt werden. Zum Ausgangspunkt für eine berufliche Begrenzung der TV wird zumeist § 2 Abs. 1 S. 2 TVO genommen, der als massgebend die „Art der Arbeit" bezeichnet. Hieraus hat man nun vielfach 80) folgern zu müssen geglaubt, dass unter „Art der Arbeit" lediglich die tatsächlich vom Arb. N. geleistete Tätigkeit zu verstehen ist, und dass es unbeachtlich wäre, unter welchen Begleitumständen, wie und wo diese Tätigkeit sich entfaltet. Jeder berufsfremde Arbeiter bleibt also unter seinem Fachtarif, gleichgültig, ob er seine berufliche Tätigkeit innerhalb seines eigentlichen Berufskreises verrichtet, oder ob er z. B. als Zimmerer seine berufliche Tätigkeit in einer einem ganz anderen Erwerbszweig dienenden Fabrik ausübt. Ich halte diese Auslegung der „Art der Arbeit",

79) LG. Berlin 17. 12. 25. RABl. 26. S. 191. LAG Frankfurt a. M. 15. 9. 27. unveröffentl. RAG 20. 8. 28 Arb. Prax. 28 S. 237.

80) Kaskel 43. Falkenstein bei Kaskel H. 156. LG. III. Berlin. 11. 10. 23 JW 1922 S. 324. Giesberts und Sitzler Komm. z. § 2 Anm. 7. Sitzler TVR 30 ff. v. Schulz zit. bei Becker HGZ 1926 S. 134 Anm. Matthaei daselbst 1925 S. 74. Anm. Sitzler GKG 25. S. 63. GG Hamburg 1. 4. 25 unv. LG Frankfurt 4. 8. 27. JW. 1923 S. 246. LG II. Berlin JW 1924 S. 1057. LAG Berlin 19. 1. 28 Arb. Prax. 1928 S. 94.

die selbst von sehr namhaften Autoren, wie Kaskel und Sitzler vertreten wird, für zu eng und für direkt abwegig. Man darf, wie Grote 81) richtig erkennt, eine Anlehnung an § 2 Abs. 1 S. 2 nicht unterlassen, wo ausdrücklich von der „Gestaltung der Arbeitsbedingungen des Berufskreises" gesprochen wird; hierdurch ist also eine Personengesamtheit gemeint, deren Arbeitsverträge durch den TV erfasst werden sollen; und mithin dürfe man die Arbeit des Arb. N. nicht schlechthin nach ihrem allgemeinen Charakter, z. B. als Zimmererarbeit, werten, sondern sie erhält erst ihr spezielles Gepräge durch den Betrieb, in dem und für dessen Produktionszweck sie geleistet wird. Gleichfalls ist Anthes 82) beizutreten, der als „Art der Arbeit" nicht so sehr die Arbeitsleistung des einzelnen Arb. N., als vielmehr die „Art der Arbeit" in dem Betrieb des Arb. G., d. h. das aller Arbeit im Betriebe gemeinsame Produktionsziel massgebend sein lässt. Diese Argumente, wie sie sich soeben aus einer Textinterpretation ergeben haben, halte ich für vollkommen zutreffend, möchte aber meinerseits den Beweis desselben Ergebnisses auf rein praktischem Wege und auf Grund der engen Textauslegung, dass man unter „Art der Arbeit" lediglich mit Kaskel und Sitzler die tatsächlich geleistete Arbeitnehmertätigkeit zu verstehen hat, führen. Ich will den krassesten Fall mir erlauben, als Beweisgrundlage zu nehmen, nämlich die Rechtslage der Fabrikmaurer oder Fabrikzimmerer. Es möge nun einmal die „Art der Arbeit" dieses Berufes geprüft und sodann festgestellt werden, ob die Tätigkeit der Fabrikmaurer noch dieselbe „Art der Arbeit" darstellt, oder sich wesentlich von der eigentlichen Berufsarbeit differenziert hat. An die Spitze der Arbeitscharakterisierung dieser Bauarbeiter gehört die Erkenntnis, dass man es hier mit einer rein typischen Saisonarbeit zu tun hat und dass also diese Bauarbeiter während der ihnen zur Verfügung stehenden Bau-

---

81) Grote bei Kaskel H. 161; u. auch Schl. Aussch. Köln 12. 5. 19 Berl. Mtglsbl. 1. Jahrg. Nr. 22 S. 312.

82) Anthes bei Kaskel 171.

periode eigentlich ebenso viel verdienen müssten, wie die anderen Berufe, die das ganze Jahr tätig sind. Wenn dieses Lohnverhältnis auch in praxi von den Bauarbeitern nicht erreicht worden ist, so steht doch fest, dass also mit Rücksicht auf ihre rein saisonmässige Tätigkeit die Bauarbeiterlöhne höher und zwar wesentlich höher sind, als die der anderen Berufe, was natürlich den nach weit niedrigeren Fabriktarifen entlohnten Fabrikmaurern und -zimmerern stets ein Stein des Anstosses sein musste, ohne dass diese sich jemals den Grund dieser Differenzierung klar gemacht hätten. In dem Saisonarbeitscharakter liegt also der Hauptgrund dafür, dass die Arbeit der Fabrikmaurer und -zimmerer eine wesentlich andere ist, als die ihrer Berufskollegen und dass man also gerechterweise den das ganze Jahr hindurch arbeitenden Fabrikmaurern und -zimmerern nicht die Bauarbeiterfachtarife zur Verfügung stellen darf, deren höhere Löhne ihren Grund hauptsächlich in der Saisonarbeit haben. Dies ist übersehen in verschiedenen Urteilen 83), die zur Charakterisierung der „Art der Arbeit" eine vermittelnde Stellung einnehmen, indem sie zwar in gewisser Beziehung, was jetzt von mir als zweiter Beweis herangezogen werden soll, doch den Arbeitgeberberuf auch berücksichtigt wissen wollen. In beachtenswerter Prägnanz jedoch GG Osnabrück! 84). Sieht man nun des weiteren die „Art" der Bauarbeit an, so wird diese durch folgende besonderen Bestimmungen typisiert: Die Bauarbeit zeichnet sich aus durch ihre Eigenart als Baustellenarbeit. Hier sind die Arbeiter, die auf einer Baustelle unter freiem Himmel allen Witterungseinflüssen ausgesetzt sind, unter ganz anderen Bedingungen tätig, als z. B. ein Fabrikmaurer, der innerhalb eines Fabrikbetriebes vorwiegend nur mit Reparaturen beschäftigt ist. Bauarbeiter brauchen in ihren TV Bestimmungen über die Verpflichtung der Arb. G. zur Errichtung

---

83) GG Hamburg 8. 4. 25 HGZ 1925 S. 131 GG Altona 5. 6. 24 HGZ 1924 S. 111. LG II. Berlin JW 1924 S. 1057.

84) GG Osnabrück 6. 5. 21. unv.

von Baubuden, vor allem auch über die Bezahlung von Arbeitsstunden, die infolge schlechter Witterung nicht ausgenutzt werden konnten usw. 85). Dies alles ist für den Arbeitsvertrag des Fabrikmaurers und -zimmerers gänzlich unwesentlich. Mithin ist schon aus diesem Grunde die in der Fabrik geleistete Dauerarbeit eine wesentlich ganz andere als die typische Bauarbeit. Das ist wohl auch vielfach erkannt worden. 86). Was nun aber für diesen, zugegeben krassesten Fall der Bauarbeiter in fremden Betrieben gilt, muss sich in gewisser Beziehung auch auswirken bei den anderen Berufen, die für Fabriknebenbetriebe in Frage kommen. Wenn ich auch nicht verkennen will, dass Fälle möglich sind, bei denen der Einfluss der Fabrik auf ihre Handwerksausübung gleich Null sein kann, was aber stets nur im äussersten Ausnahmefall zugegeben werden dürfte, so wird sich in der Regel die Nebenberufsarbeit in gemischten Betrieben infolge ihrer konstanten Gleichartigkeit doch wesentlich von der reinen Facharbeit des betreffenden Gewerbes unterscheiden und auch im allgemeinen entsprechend leichter sein. 87). Und somit darf ich wohl generell den Grundsatz aufstellen, dass man bei Feststellung der „Art" einer Berufsarbeit es nicht nur abstellen darf auf die vom Arbeitnehmer geleistete Tätigkeit, sondern stets prüfen muss, ob und inwieweit diese Arbeit dadurch, dass sie dauernd in einem gemischtgewerblichen Fabrikbetrieb geleistet wird, besonders spezialisiert und von der eigentlichen Berufsarbeit differenziert ist. Also sowohl Arb. N.- als auch Arb. G.-Beruf sind für die Entscheidung, ob der Fachtarif oder der Betriebstarif Anwendung findet, als massgebend heranzuziehen. Und mit dieser Ansicht stehe ich durchaus nicht vereinzelt da, sondern diese ist bereits zur überwiegend herrschenden Meinung geworden,

---

85) Becker 4.

86) LAG Frankfurt 4. 8. 27 JW 1923 S. 246; Koch JW 1921 S. 554. Anm. 4. Hueck JW 1927 S. 2367. Günther zu § 2. d. Arb. G. Frankfurt 10. 11. 27 Schl. Wes. 1927 S. 466.

87) Schl. A. Freiburg i. Br. 19. 6. 25 Schl. Wes. Juli-Heft Nr. 7. 1925 S. 1287.

was, soweit noch nicht bereits, wie Anthes und Grote, zitiert, durch umfangreichen Literatur- und Judikaturnachweis belegt werden kann. 88). Als besonders wichtigen Hinweis möchte ich anführen, dass diesen Standpunkt auch das Reichsarbeitsgericht vertritt, indem es in einem Urteil vom 15. 2. 28 wörtlich sagt: „... nach der „Art der Arbeit", d. h. nach der Gestaltung der Tätigkeit des Arb. N. und nach dem Berufszweig des Arb. G., bei welchem der Arb. N. beschäftigt ist ...". 89). Uebereinstimmend mit obigem Standpunkt auch der RAM, der in seinem Bescheid vom 18. 11. 19 ausdrücklich betont, dass der Fachtarif nicht für dauernd in fremden Betrieben beschäftigte Arb. N. gelten soll und dass berufsfremde Arb. N. durch die AVE aus ihrem Fachtarif auszuschliessen sind. 90). Hat man sich aber nunmehr entschlossen, auch den Arb. G.-Beruf zur Berufsbestimmung bezüglich der berufsfremden Arb. N. heranzuziehen, so wird man ein kurzes Wort noch den sogenannten „Betriebsabteilungen" widmen müssen, um festzustellen, ob diese, z. B. eine Buchdruckereiabteilung in der Papierverarbeitungsindustrie, unter dem Gesichtspunkt des industriellen Hauptberufes zu betrachten sind, oder ob

---

88) Meissinger Anm. z. JW 1922 S. 324; LG Köln 18. 12. 25 unv; Meissinger NZfAR 1923 S. 33.; (LG Leipzig 2. 11. 20 — LG Osnabrück 5. 12. 21 — LG II. Berlin GKG Nr. 2. 1. 11. 20 — LG I. Berlin 4. 11. 20 — LG Dresden 25. 5. 20) zit. bei Meissinger NZfAR 1923 S. 38 R. Arb. G. 22. 2. 27 Arbeitsg. Entsch. III. 18. Schl. Aussch. Ulm 27. 3. 20 Schl. A. Württ. 2.Jahrg. Nr. 1. 10. GG Hamburg 16. 4. 25 HGZ 1926 S. 134; Hueck HGZ 1925 S. 132 Anm. u. Tar. R. 52 ff. u. JW 1927 S. 2367; Becker HGZ 1926 S. 134 Anm. GG Berlin 8. 9. 22 GKG 29. Nr. 1. 10 LG II. Berlin 17. 8. 20 GKG 1920 28/29 LG Dresden 8. 5. 20 GKG 1920 S. 203; GG Freiburg i. Br. 12. 5. 26. Bad. R. Prax. 1926 S. 92; LG II. Berlin 15. 3. 23 JW 1924 S. 1057 Becker 4 und 40; DK Chemnitz 22. 3. 23 NZfAR III. S. 566; DK Chemnitz 28. 3. 13 NZfAR III. 566 GG Berlin 28. 1. 26 Berl. Arb. Entsch. Bd. 2. S. 183. Jakobi 231; RG 12. 4. 27 zit. i. JW 1927 S. 1636; Nipperdey JW 1927 S. 2367 AG Frankfurt 10. 11. 27 zit. i. Arb. Prax. 1928 S. 94.

89) R. Arb. G. v. 15. 2. 28 Arb. Entsch. III. S. 14.

90) Besch. d. RAM v. 18. 11. 19 Gr. Berl. M. Bl. I. Nr. 24 S. 329

sie etwa einen selbständigen und von sich aus zu wertenden Arb. G.-Beruf darstellen. Letzteres wird man trotz vereinzelter Urteile 91) meist ablehnen müssen, jedoch nicht generell. Die Entscheidung wird vielmehr von Fall zu Fall zu treffen sein, wobei genauestens zu prüfen ist, ob die betreffende Abteilung begrifflich als ein selbständiger Teil eines Betriebes und somit dann als für die Berufsrichtung selbständig massgebende Abteilung in Betracht kommt. So das Reicharbeitsgericht vom 22. 2. 27. 92). In praxi werden die häufigsten Fälle eine Unterordnung der betreffenden Betriebsabteilung unter den Hauptproduktionszweck der gesamten Fabrik ergeben. Diese Meinung findet ihre Stütze bereits vielfach in Literatur und Praxis, zu deren Beleg nur die einzelnen Quellen zitiert und zum Nachlesen empfohlen werden. 93). Als Hauptargument für eine möglichste Unterordnung der Einzelabteilung unter den Hauptberuf des Gesamtunternehmens möge die Erwägung dienen, dass dieser Gedanke bereits seinen Niederschlag im Gesetz gefunden hat. Denn § 631 RVO sagt: „Umfasst ein Betrieb wesentliche Bestandteile verschiedenartiger Gewerbezweige, so ist er der Berufsgenossenschaft zuzuteilen, welcher der Hauptbetrieb angehört. Das gleiche gilt von Nebenbetrieben ..., welche Bestandteile eines Betriebes sind". Aus dem Gesagten nun wird zweifellos erhellen, dass von den ungezählten Fällen, die unter dem Titel „Tarifkonkurrenz" segeln, nur die allerwenigsten in das Kriterium einer Konkurrenzlösung hineingehören.

Nachdem somit die Rechtslage der „berufsfremden" Arb. N. durch eine Abgrenzung des Berufskreises stark geläutert worden ist, muss ich jedoch noch eine Richtung in Literatur und Judikatur anführen, die dieses berufliche Kri-

---

91) AG Zwickau 7. 11. 27; LAG Elberfeld 26. 9. 27 zit. i. Arb. Prax. 1928 S. 94. Alterthum Anm. zu LG I. Berlin 18. 1. 23 GKG 28. Nr. 9 S. 148

92) R. Arb. G. 22. II. 27 Arb. Entsch. III. 18.

93) Grote bei Kaskel H. 161; LG I. Berlin 18. 1. 23 GKG 28. Nr. 9. S. 147; GG Breslau 26. 3. 24 GKG 1924 S. 14. LG Magdeburg 28. 10. 21 Karger III. 60.;

terium durch die Erforschung und Beachtung eines etwa vorhandenen TV-Parteiwillens zu durchbrechen sucht. So soll besonders nach der Ansicht Huecks 94) der Wille der Tarifparteien der primär ausschlagebende sein, und dieser könne sogar ein Uebergreifen der Fachtarife in fremde Betriebe festlegen. 95). Unbeschadet der bereits gehabten Darstellungen über die Bedeutung eines erkennbaren TV-Parteiwillens muss ich hier die Präponderanz des Willens bestreiten. Der in dem TV erkennbare Wille kann nur Wirkung haben zwischen den den TV schliessenden Parteien und hat keine Gewalt, etwa in fremde Berufskreise überzugreifen, wie dies selbst die AVE nicht einmal vermag. Und eine derartige Tarifbestimmung des häufig anzutreffenden Inhalts, dass sich der TV auch erstrecke auf alle Arbeitsstätten, also auch die der gemischt gewerblichen Fabrikbetriebe, wo z. B. Zimmererarbeiten ausgeführt werden, hat nur insoweit Bedeutung, als sie nicht eine Ueberschreitung des Berufskreises ausspricht. Darüber hinaus kann ein derartig erkennbarer Wille nur die Kontrahenten des TV und deren Mitglieder erfassen, während er angesichts eines allg. verb. TV für die Aussenseiter ohne Wirkung bleibt, soweit diese an Hand der gewonnenen Erkenntnisse nicht mehr unter ihren allgemeinen Berufskreis zu rechnen sind. 96). Beachtenswert ist noch ein neuerdings von Meissinger eingenommener Standpunkt, in dem die gehabten Ausführungen eine wesentliche Stütze finden. 97). Wegen seiner Besonderheit möge er wörtlich zitiert werden: „Die von mir vertretene Ansicht gipfelt darin, dass nach klarer Bestimmung des § 2 Abs. 2 TVO die All-

94) Hueck HGZ 1925. S. 132. Anm. u. Tar. R. 52 ff. u. NZfAR 1926 S. 388 u. JW 1927 S. 2367.

95) Vergl. auch LG III. Berlin 11. 10. 23. JW 1922 S. 324; LG Hamburg 3. II. 22. Karger III. 63. ff. Sitzler Tar. R. 30. ff. GG Hamburg 16. 3. 23. HGZ 1924 S. 23 u. 98. GG Hamburg HGZ 1925 S. 131 LAG Elberfeld 26. 9. 27 Bensh. Samml. I. 119. Jakobi 231.

96) Becker HGZ 1926 S. 134. Anm. GG Berlin 8. 9. 22. GKG 29 Nr. 1. 10.

97) Meissinger JW 1927 S. 2367.

gemeinverbindlichkeit in ihren wesentlichsten Grundlagen auf dem von den beiden tarifvertragschliessenden Verbänden repräsentierten Berufskreis und der Art der von den tarifangehörigen Arbeitnehmern zu leistenden Arbeit beruht. Die Tarifhoheit der den allgemeinverbindlichen Tarif und seine Normenwirkung schaffenden Verbände wird durch den im Organisationsleben üblichen Kreis organisatorischer Zuständigkeit und Hoheit dargestellt. Deshalb kann nicht schlechthin der Wirkungsbereich des beruflichen Fachverbandes der Arbeitnehmer entscheiden, der insoweit im wesentlichen mit der Art der von seinen Mitgliedern zu leistenden Arbeit übereinstimmen mag, sondern es sind auch die Hoheitsgrenzen der von den beteiligten Arbeitgeberverbänden erfassten Berufsgruppen massgebend. Niemand wird behaupten, dass eine Maschinenfabrik, die in Hilfsarbeiten Zimmerer und Fabrikmaurer beschäftigt, zum organisatorischen Hoheitsgebiet eines Bauarbeitgeberverbandes gehört. Sind aber Art der zu leistenden Arbeit und Berufskreis als Grundlagen für die Tragweite der Allgemeinverbindlichkeit gleichmässig und mindestens gleichberechtigt zu berücksichtigen, so muss sich das durch die Tarifpolitik erfahrungsgemäss gebotene und erprobte Gesetz der Tarifeinheit in einem einzelnen Betriebe auch tarifrechtlich ergeben und auswirken." Und vollends in Kenntnis des Meissinger'schen Standpunktes ist nun erwiesen, dass das Gros der sogenannten „Konkurrenz"-Fälle im Endergebnis gar keine echten TK darstellt, da nach den obigen Ausführungen bei der Erfassung eines Arbeitsverhältnisses meist der Fachtarif gar keine Anwendung findet, oder auch, seltener, weil der Arbeitgeberberuf, bezüglich einzelner eventuell als selbständig zu bezeichnender Betriebsabteilungen als unmassgeblich zurücktritt. Trotz dieses Kriteriums können sich aber dennoch Streitigkeiten als echte TK-Fälle herausstellen und hier ist bezüglich der K gewöhnl. TV verschiedenartiger Standpunkt eingenommen worden, je nachdem, ob ein Fachtarif konkurriert mit einem örtlichen oder einem Betriebstarif. Bezüglich der K zwischen Fach-TV und einem Orts-TV

hat man 98) dem letzteren einen Vorrang zugebilligt und zwar deshalb, weil sonst der Orts-TV in der Lage wäre, die Einheitlichkeit, die durch die Schaffung eines Lohntarifes für eine einzelne Gewerbeart erstrebt ist, zu durchlöchern. Andererseits wird es für eine zu vermeidende Benachteiligung gehalten, dass gewisse Angestellte aus einem guten Ortstarif bei späterer Fachregelung herausfallen. 99). Dies alles stellt sich de lege ferenda als sehr gute Erwägungen dar, ist aber de lege lata nicht zu stützen. Das gleiche Urteil muss ich aussprechen über die in Fällen fachlicher und betrieblicher K aufgestellte Kontroverse. Die einen 100) möchten aus dieser K dem Fachtarif zum Siege verhelfen, weil man sonst eine Zurücksetzung der Berufsverbände ersehen müsste und weil schliesslich infolge dieser Benachteiligung die Facharbeiter aus den gemischten Betrieben abwandern würden. Auf der anderen Seite wird wieder dem Betriebstarif der Vortritt gelassen, unter anderem mit der Begründung, dass eine einheitliche Betriebsleitung, in Sonderheit aber eine sichere und stetige Betriebskalkulation sich nicht ermöglichen lässt, wenn der Betriebstarif durch so und so viele Fachtarife seiner Nebenberufsarbeiter durchbrochen und entkräftet wird. 101). Das halte ich alles de lege ferenda für vorzüglich, jedoch entbehrt es im gegebenen und vorläufig noch anzuwendenden Gesetz jeder Stütze. Als ein Mittel, um derartig zweifellos unerquickliche Konsequenzen zu vermeiden, wird es erwünscht sein, dass beim Abschluss von Betriebs-TV tunlichst Rücksicht auf die in demselben zu erfassenden fremdberuflichen Arbeitnehmer zu üben ist, indem diese Nebenberufe zum TV-Abschluss mit hinzugezogen werden, oder wenn es sich um ganz ver-

98) GG Spandau 21. 4. 20 GKG 1920 S. 28 f. siehe auch Freisler NZfAR 1923 S. 480. Sitzler GKG 25. S. 63.

99) Zimmermann Soz. Prax. 29. S. 405 LAG Frankfurt 15.10.17 Arb. Prax. 1928 S. 94.

100) Freisler NZfAR 1923 S. 480; Zimmermann Soz. Prax. 29. S. 405. Schl. A. Rastatt 14. 3. 23 Schl. Wes. 1923 S. 70.

101) Jakobi 242; GG Obernhau Karger I. 37. Ag. Eschwege 10. 8. 25. unv. GG Zwickau 20. 5. 21. unv. GG Landsberg Okt. 1921 unv. GG Bunzlau 6. 11. 24 unv.

schwindende Minderheiten derselben handelt, dass diese dann ihren Kollegen entsprechende Mandate erteilen, wodurch eine Angleichung der betrieblichen Lohnsätze an die beruflichen Lohntarife ermöglicht wird. De lege lata bleibt aber auch hinsichtlich der fachlichen K nur folgende Lösung übrig: Treffen zwei allg. verb. TV zusammen, dann gilt die oben geschilderte Lösung des § 2 Abs. 2 Konkurriert ein allg. verb. TV mit einem gewöhnlichen TV, so ergibt sich nach den gehabten Darstellungen eine Präponderanz der ersteren. Bezüglich einer in den allerseltensten Fällen vorkommenden K gewöhnlicher TV gibt das in § 1 Abs. 1 S. 2 verankerte und bereits besprochene Günstigkeitsprinzip den Ausschlag. Dass solche K-Fälle gewöhnl. TV fast nie vorkommen werden, erhellt daraus, dass der betreffende Arb. N. und der Arb. G. (berufsfremder Arbeiter und Fabrikherr) wohl nie beide Beteiligte an beiden TV sein werden. Dieses erkennt Becker sehr zutreffend, indem er einer Anmerkung zu einem Schiedsspruch der Schlichtungsstelle für den Hafenbetrieb Hamburg 102) folgendes anführt: „Interessant ist der vorliegende Tatbestand vor allem deshalb, weil es sich hier tatsächlich einmal um eine echte Tarifnormenkollision handelt — (was sonst unter dieser Flagge segelt, erfüllt nur selten die Voraussetzungen eines solchen;...), d. h. weil die persönlichen, beruflichen, räumlichen und zeitlichen Geltungsbereiche der drei kollidierenden TV identisch sind. Die Arbeitsverhältnisse im Hamburger Hafen sind der Entstehung von Kollisionen besonders günstig, weil die TV der Hafenbetriebe stets durch dieselben Kontrahenten abgeschlossen werden: auf Arbeitgeberseite durch den Hafenbetriebsverein in Hamburg e. V., auf Arbeitnehmerseite durch den deutschen Verkehrsbund und den Verband der Maschinisten und Heizer. Die Identität der persönlichen und räumlichen Geltungsbereiche ist also in allen Fällen gegeben, die des zeitlichen ist durch den gleichzeitigen Abschluss und die gleiche Zeitdauer aller Tarife ebenfalls gewährleistet, so dass als ein-

---

102) Becker HGZ 1925 S. 73. Anm.

ziges Kriterium der berufliche Geltungsbereich übrig bleibt...".

Hiermit möge diese Darstellung beschlossen werden mit dem Wunsche, dass die allerorts de lege ferenda entwickelten Gedankengänge und Wünsche recht bald durch das Geschenk einer neuen TV-Ordnung zum geltenden Recht erhoben werden mögen; denn zweifellos ist die heutige TVO als ein in den ersten Revolutionswochen recht flüchtig redigiertes keineswegs sorgfältig ausgearbeitetes und durchberatenes Gesetz eine Notschöpfung, die nach Ausbruch der Revolution den sich in überstürzender Hast häufenden Ereignissen gerecht werden musste.

Lebenslauf.

Geboren bin ich am 20. September 1902 zu Gellenau, Krs. Glatz, als Sohn des Lehrers Joseph Schwanke und seiner Ehefrau Anna, geborene Otto. Ich bin katholischer Konfession. Das Sexta- und Quinta-Pensum erlernte ich im Privatunterricht durch meinen Vater und besuchte von Ostern 1916 ab das St. Matthias-Gymnasium in Breslau, an dem ich Ostern 1923 das Abitur unter Befreiung von der mündlichen Prüfung bestand. Nachdem ich in Breslau ein Semester Mathematik und Naturwissenschaften und sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften studiert hatte, bestand ich im November 1928 am Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Am 4. Februar 1929 legte ich das mündliche Doktorexamen ab und befinde mich seit dem 4. März 1929 im Vorbereitungsdienst in Breslau.